





ÉTUDES HISTORIQUES

ET CRITIQUES

SUR LE DROIT ROMAIN.

PREMIÈRE PARTIE.

ORGANISATION JUDICIAIRE

ET

PROCÉDURE CIVILE.

Paris — Imprimerie et Fonderie de RIGNOUX, rue des Francs-Bourgeois-St-Michel, 8

TRAITÉ

DES ACTIONS

OU

EXPOSITION HISTORIQUE

DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE

ET DE LA PROCÉDURE CIVILE

CHEZ LES ROMAINS.

PAR L. B. BONJEAN,

Docteur en Droit,
Avocat aux Conseils du Roi et à la Cour de Cassation.

SECONDE ÉDITION,
ENTIÈREMENT REFONDUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE.

TOME PREMIER.

PARIS.
VIDECOQ, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
PLACE DU PANTHÉON, 3 ET 4.
1841

A LA MÉMOIRE

DE M. LE COMTE

GABRIELLI DE CARPEGNA

NOBLE ROMAIN ;
ANCIEN OFFICIER SUPÉRIEUR D'ARTILLERIE ;
DIRECTEUR DU MUSÉE D'ARTILLERIE DE PARIS ;
CHEVALIER DE LA LÉGION D'HONNEUR,
ET DES ORDRES DE MALTE ET DU CHRIST;
COMMANDEUR DE L'ORDRE D'ISABELLE-LA-CATHOLIQUE ;
ETC. ETC.

J'avais espéré dédier ce travail à l'homme excellent qui fut le soutien et le guide de ma jeunesse... Je viens aujourd'hui le déposer sur sa tombe, comme un hommage pieux de ma reconnaissance et de mes regrets !

TABLE

DES DIVISIONS ET SUBDIVISIONS DU TOME PREMIER.

INTRODUCTION.

NOTIONS GÉNÉRALES ET PRÉLIMINAIRES SUR LES ACTIONS.

LIVRE PREMIER.

DU POUVOIR JUDICIAIRE ET DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX ROMAINS.

CHAPITRE PREMIER.

DU POUVOIR JUDICIAIRE (*JURISDICTIO*).

CHAPITRE DEUXIÈME.

ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

Tribunaux civils depuis la fondation de Rome jusqu'à Dioclétien.

SECTION I.

Magistrats chargés de la juridiction.

I. GOUVERNEMENT ROYAL.

II. GOUVERNEMENT RÉPUBLICAIN.

I. *MAGISTRATS DE ROME.*

IV. *MAGISTRATS DES PROVINCES.*

V. *MAGISTRATS D'ÉGYPTE.*

SECTION II.

Des juges ou jurés chargés du jugement définitif des procès.

I. DU *JUDEX* PROPREMENT DIT.

II. *RECUPERATORES.*

III. *CENTUMVIRS.*

DEUXIEME ÉPOQUE.

Organisation judiciaire nouvelle sous les empereurs chrétiens.

SECTION I.

Juridiction ordinaire.

I. *AUTORITÉS SUPÉRIEURES EMBRASSANT DE GRANDES DIVISIONS TERRITORIALES.*

SECTION II.

Juridiction administrative.

SECTION III.

Juridiction militaire.

SECTION IV.

Juridiction ecclésiastique.

CHAPITRE TROISIÈME.

ASSESSEURS ET OFFICIERS DES MAGISTRATS.

CHAPITRE QUATRIÈME.

LANGAGE. ÉCRITURE.

CHAPITRE CINQUIÈME.

DES LIEUX ET DU TEMPS OU SE RENDAIT LA JUSTICE.

CHAPITRE SIXIÈME.

DE LA COMPÉTENCE (*FORUM COMPETENS*).

LIVRE DEUXIÈME.

DE LA PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX CIVILS ROMAINS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PROCÉDURE DES ACTIONS DE LA LOI.

SECTION I.

Marche de la procédure au temps des legis actiones.

SECTION II.

Des actions de la loi considérées chacune en particulier.

I. *ACTIO SACRAMENTI.*

SECTION II.

Conception des formules, et parties diverses qui entrent dans leur composition.

I. *CARACTÈRES DES FORMULES.*

II. *PARTIES PRINCIPALES.*

III. *PARTIES ACCESSOIRES.*

SECTION III.

Marche de la procédure formulaire.

PREMIERE PARTIE DU PROCES.

Instance *in jure*.

DEUXIEME PARTIE DU PROCES.

Instance *in judicio.*

SECTION IV.

Des péremptions d'instance.

SECTION V.

De quelques procédures exceptionnelles.

CHAPITRE TROISIÈME.

PROCÉDURE NOUVELLE SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS.

SECTION I.

Caractères de la procédure nouvelle.

SECTION II.

Marche de la procédure sous les empereurs chrétiens.

I. MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DES PARTIES.

FIN DE LA TABLE DU TOME PREMIER.

TRAITÉ
DES ACTIONS.

INTRODUCTION.

NOTIONS GÉNÉRALES ET PRÉLIMINAIRES SUR LES ACTIONS.

§ 1. — De la nature des actions en général.

En nous attribuant des droits, la loi ne nous accorderait que des avantages précaires et illusoires, si elle ne nous fournissait en même temps des moyens légaux pour en obtenir, en conserver ou en recouvrer la jouissance. Ces moyens, qui, dans le droit positif, se présentent à nous sous des physionomies très-variées, sont désignés par l'expression générique ACTIONS. Ainsi, en définitive, toute action, quelle qu'en soit la forme extérieure, peut être ramenée à l'idée d'un appel par lequel celui dont le droit est méconnu invoque l'intervention et le secours de l'autorité publique, instituée, dans chaque pays, pour protéger la vie, l'honneur et la fortune des citoyens.

En effet, dans un État bien réglé, nul ne doit se faire justice par soi-même : « *Non est singulis concedendum quod per magistratum publice potest fieri,*

ne occasio sit majoris tumultus faciendi (1). » En conséquence, toutes les fois que l'un de nos droits est méconnu, nous devons recourir à l'autorité du magistrat pour obtenir soit la restitution de ce qui nous a été enlevé, soit la réparation du préjudice qui nous a été causé, soit enfin des garanties (2) contre le dommage futur qui nous menace.

§ 2. — Suite du même sujet.

Ces principes, sans lesquels il n'y aurait pas de société possible, reçoivent exception dans les cas où l'intervention des magistrats n'offrirait pas une protection assez prompte pour être efficace. Ainsi le droit, d'accord avec la morale et la raison, nous permet de repousser la force par la force (3), et même de tuer un injuste agresseur, si nous ne pouvons éviter autrement la perte de la vie ou de

(1) Paul., L. 176, ff., *de Reg. jur.*

(2) Telles sont, en droit romain, les stipulations prétoriennes et judiciaires dont il sera question dans le livre III. Sous ce rapport, le droit français est bien moins complet que le droit romain. Notre législation est plus *répressive* que *préventive* : si nous avons toujours le droit de demander réparation pour le dommage accompli, nous n'avons que fort rarement celui d'exiger des garanties contre le dommage imminent. On a craint sans doute qu'une telle faculté ne dégénérât en tracasseries vexatoires.

(3) Gaius, L. 4, pr. ff., *ad Leg. Aquil.* — La question est admirablement traitée, sous le rapport théologique et moral, dans les *Provinciales* de Pascal, VIIe, XIIIe et XIVe lettre.

la pudeur (1); parce qu'alors, comme le dit Cicéron, les lois mêmes semblent offrir leurs armes à ceux qui se trouvent dans une telle nécessité (2). Ces deux exceptions ne sont pas les seules.

§ 3. — Suite du même sujet.

D'après le droit romain, le père qui surprenait sa fille en flagrant délit d'adultère pouvait impunément la tuer, ainsi que son complice (3). Le mari pouvait tuer le complice, mais non pas la femme elle-même (4); et toutefois le meurtre de la femme n'entraînait contre le mari que des peines légères (5). A cet égard, notre Code pénal s'est beaucoup écarté des dispositions du droit romain : le meurtre commis par le mari sur la femme adultère, ou sur son complice, n'est jamais légitime; seulement il est considéré comme *excusable*, et la pénalité est réduite à un simple emprisonnement temporaire (6). Du reste, rien dans nos

(1) Florent., L. 3, ff, *de Justit. et jur.* — Gordian., L. 2 et L. 3, C., *ad leg. Cornel. de Sic.* — Marcian., L. 1, § 4, ff., *ad leg. Cornel. de Sic.* — *Code pénal*, art. 328.

(2) Cicero, *pro Milone*, 3.

(3) Paul., *Sentent. recept.*, II, 26, § 1 et 2. — *Collat. leg. Mos. et Roman.* IV, 2 et 12. — Mais le meurtre du complice n'était licite qu'autant que le père tuait sa fille en même temps que l'amant. (Ulpian., L. 23, § 4, ff. *ad leg. Jul. de Adult.*)

(4) Paul., *Sentent. recept.*, II, 26, § 4 et 6. — Papin., L. 22, § 4, ff., *ad leg. Jul. de Adult.*

(5) Paul., *Sentent. recept.*, II, 26, § 5.

(6) *Code pénal*, art. 324

lois ne légitime, ni même n'excuse le meurtre qu'un père commettrait sur sa fille et son complice, surpris en flagrant délit d'adultère.

On pouvait encore, d'après les XII Tables, tuer le voleur de nuit, *quoquo modo,* dit Cicéron (1), c'est-à-dire sans aucune distinction; mais il paraît qu'au temps d'Ulpien, des principes plus humains avaient prévalu ; car ce jurisconsulte décide qu'il ne nous est permis de tuer le voleur de nuit qu'autant que notre vie est en péril (2). Quant au voleur de jour, le droit romain ne permet de le tuer que lorsqu'il résiste à main armée (3). D'après notre Code pénal, il n'y a ni crime ni délit quand l'homicide a été commis, ou que les blessures ont été faites en repoussant, pendant la nuit, l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison habitée; il en est de même quand le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence (4). Le meurtre et les blessures sont seulement excusables s'ils ont été commis, pendant le jour, pour repousser l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison habitée (5).

---

(1) Cicero, *pro Milone,* 3. — Gaius, L. 54, § 2, ff., *de Furtis.*

(2) Ulpian., L. 9, ff., *ad. leg. Cornel. de Sic.* — Val., Theod. et Arcad., L. 1, C., *quando lic. unic. sine jud.*

(3) Gaius, L. 4, § 1. — Ulpian., L. 5, ff., *ad leg. Aquil.*

(4) *Code pénal,* art. 329.

(5) *Code pénal,* art. 322.

§ 4. — Suite du même sujet.

De ce qui précède, il résulte que si les lois nous autorisent à employer la force contre le voleur, c'est bien plutôt parce qu'il est réputé menacer notre sûreté personnelle, que parce qu'il porte atteinte à notre fortune : aussi pensons-nous qu'un intérêt purement pécuniaire, quel qu'il soit, ne doit pas être considéré, soit d'après le droit romain, soit d'après le droit français (1), comme une raison suffisante pour excuser celui qui fait un appel brutal à la force, au lieu de recourir à l'autorité du magistrat (2). Les lois romaines établissent même des peines contre ceux qui ont recours à la violence pour reprendre les choses dont ils sont ou dont ils se croient propriétaires : dans le premier cas, ils perdent la propriété de leur chose ; dans le second, ils sont condamnés à payer une somme équivalente (3). Pareillement, aux termes d'un rescrit de Marc-Aurèle, le créancier qui emploie la force pour se faire payer est déchu de sa créance (4).

On pourrait cependant citer des textes qui sem-

---

(1) L'article 329, 2°, du *Code pénal,* ne nous paraît point contraire à l'opinion que nous émettons ici.

(2) C'est aussi la décision de Pascal, dans les *Lettres provinciales.*

(3) Ulpian., L. 2, § 18, ff., *de Vi bon. rapt.*— § 1, Instit., *eod. tit.* — Theod., L. 7, C., *Unde vi.*— § 6, Instit., *de Interd.*

(4) Callist., L. 7.— Modest., L. 8, ff., *ad leg. Jul. de vi priv.*

blent autoriser le possesseur, et même quelquefois le simple détenteur, à employer la force pour conserver la possession dans laquelle ils seraient troublés, ou même pour reprendre celle dont ils auraient été expulsés (1); mais comme, dans toutes ces décisions, il s'agit uniquement de repousser la force par la force, on peut dire qu'elles rentrent dans le cas de légitime défense (*voyez* § 2). D'ailleurs, la L. 1, C., *Unde vi*, semble restreindre l'emploi de la force au cas où le possesseur expulsé verrait sa sûreté personnelle compromise.

§ 5. — Des événements qui donnent naissance aux actions.

Toute action suppose la violation consommée ou imminente d'un droit: toutes les actions naissent donc de *délits* (2); car il y a toujours délit à attenter au droit d'autrui.

Mais il y a ici une distinction capitale à faire, selon que le fait illicite blesse tout à la fois l'intérêt public et l'intérêt privé, ou seulement l'un de ces deux intérêts. Quand un fait illicite nuit en même temps à la société et à un particulier, l'auteur de ce fait est assujetti à une double satisfaction : satisfaction envers la société, dont l'ordre a été troublé; satisfaction envers le particulier qui a

---

(1) Ulpian., L. 1, § 27 et 28, ff., *de Vi;* L. 3, § 9, *eod.* — Julian., L. 17. *eod.* — Cicero, *pro Cæcina,* 31 et 32.

(2) Je prends ici le mot *délit* dans le sens large où il comprend aussi les quasi-délits.

éprouvé quelque dommage dans sa personne ou dans ses biens. La satisfaction envers la société consiste en châtiments dont la nature et l'étendue varient à l'infini, depuis les amendes les plus légères jusqu'à la privation de la vie. La satisfaction envers le particulier lésé se résout presque toujours en une simple indemnité pécuniaire.

§ 6. — Division fondamentale des actions.

L'action qui a pour objet la punition du délinquant est opposée, sous le nom d'*action criminelle* ou *publique* (*judicium publicum*), à l'*action civile* ou *privée* (*judicium privatum*), qui a pour but l'indemnité due au particulier lésé.

Il est certains délits qui attaquent l'ordre général de la société, sans porter d'ailleurs aucun préjudice direct et appréciable aux particuliers: tels sont, en général, les délits purement politiques, ceux qui ont pour objet de frauder certains impôts; les sacriléges, etc. etc.: les délits de cette espèce ne font naître que l'action publique. A l'inverse, certains faits, quoique très-répréhensibles aux yeux de la morale, ne sont point considérés comme blessant l'ordre et la sécurité générale; en conséquence, ces faits donnent lieu seulement à l'action civile au profit de celui qui a été lésé dans sa personne ou dans ses biens.

Mais dans quels cas la violation d'un droit donne-t-elle lieu aux deux actions publique et privée, ou seulement à l'une d'elles? Il n'y a, à cet égard, rien d'absolu; et tout dépend de l'état

de la législation positive. Tel fait est considéré, chez tel peuple, comme un délit purement privé, qui, chez tel autre peuple, est placé au rang des délits publics. Il serait trop long, et surtout très-inutile, de citer des exemples des variétés infinies que présentent à cet égard les législations des différents peuples.

§ 7. — Des principaux points de vue sous lesquels les actions peuvent être considérées.

Les actions peuvent être considérées sous deux points de vue principaux : celui des formes suivant lesquelles elles doivent être exercées, et celui des droits qu'elles sont destinées à protéger.

§ 8. — De l'action considérée sous le rapport de la forme.

Sous le point de vue de la forme, les actions se lient intimement au système de l'organisation judiciaire et de la procédure propres à chaque peuple; le mot *action* est même souvent employé, surtout en droit romain, pour indiquer la procédure, c'est-à-dire la marche à suivre et les formalités à observer pour obtenir en justice ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû. Mais ce n'est pas là une raison suffisante pour confondre, comme l'ont fait quelques auteurs, l'*action* avec la *forme* qui en règle l'exercice. Sans doute il importe à la bonne administration de la justice que les particuliers ne puissent faire valoir leurs prétentions qu'en se conformant aux règles propres à éclairer le juge, et

à prévenir les surprises et la fraude; mais cela n'empêche pas que l'action, c'est-à-dire le droit de poursuivre, ne soit en elle-même très-distincte des formes suivant lesquelles la poursuite doit être dirigée (1).

Les gens du monde ont un préjugé, fort naturel d'ailleurs, contre la procédure. A quoi bon, disent-ils, ces formes lentes, compliquées, coûteuses, sous lesquelles le meilleur droit a peine à se faire jour? Le bon roi saint Louis rendait la justice à ses vassaux sous un chêne du bois de Vincennes; pourquoi n'en pas faire autant aujourd'hui? Pourquoi les parties ne comparaîtraient-elles pas en personne devant le juge, pour y expliquer leur différend et y recevoir la décision, etc. etc.

Ces belles utopies seraient peut-être praticables dans un pays pauvre et peu étendu, dans une société naissante, où les rapports sociaux seraient fort simples, et les citoyens doués presque tous d'un égal degré d'instruction; mais, à coup sûr, elles ne sont qu'un rêve puéril quand il s'agit d'une nation nombreuse, riche, puissante et parvenue à un haut degré de civilisation. Chez un tel peuple, les contestations sont compliquées comme les rapports qui leur donnent naissance; le choc violent des

(1) C'est ce que la Cour de cassation avait très-bien fait remarquer dans ses observations sur le projet de Code de procédure, quand elle disait: «*Le droit de poursuivre* de«vant les tribunaux ce qui nous est dû ou ce qui nous «appartient se nomme *action*, et l'*exercice* de ce droit, «*demande*.»

passions et des intérêts, l'astuce des plaideurs, sèment de difficultés et d'écueils la route de la justice; et comme la décision d'un procès devient souvent le plus difficile des problèmes, il faut bien que le juge ait des règles fixes et constantes pour se conduire dans la recherche de la vérité; il faut des formalités et des délais pour que le plaideur puisse toujours se défendre en connaissance de cause, et éviter les surprises et les piéges d'un adversaire habile. Enfin, comme le disait Frédéric dans le préambule du *Code prussien* : « Puisque l'in« justice a créé un art d'embrouiller les affaires, « ne faut-il pas aussi que la justice ait un art de « les débrouiller ? »

Les meilleurs esprits ont partagé cette opinion.

« Si vous examinez (dit Montesquieu) les forma« lités de la justice par rapport à la peine qu'a un « citoyen à se faire rendre son bien ou à obtenir « satisfaction de quelque outrage, vous en trouve« rez sans doute trop; si vous les regardez dans le « rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des « citoyens, vous en trouverez sans doute trop peu, « et vous verrez que les peines, les dépenses, les « longueurs, les dangers même de la justice, sont « le prix que chaque citoyen donne pour sa li« berté (1). »

« Les formes sont la vie de la loi (disait d'Agues« seau). Comment sans elles la mettrait-on en exé-

(1) *Esprit des lois*, liv. VI, chap. II.

« cution? Elles sont la sauve-garde de la fortune, « de l'honneur, de la vie des citoyens; elles sont le « flambeau qui éclaire et garde la marche des ma- « gistrats. Le juge sans les formes est un pilote sans « boussole: il ne peut point tenir une route assurée. « Livré à la merci des flots, il donne dans tous les « écueils qui se rencontrent sur sa route, et il est « difficile qu'il évite un triste naufrage. »

§ 9. — De l'action considérée sous le rapport du droit qu'elle protége.

Considérées sous le point de vue des droits qu'elles ont pour objet de garantir, les actions forment elles-mêmes une classe particulière de droits auxquels on a donné le nom fort expressif de droits *sanctionnateurs* (1), parce que, en effet, elles sont comme la sanction des autres, qui, sans elles, ne seraient que des avantages précaires.

De ce qu'un droit n'est parfait qu'autant qu'il est garanti par une action, quelques auteurs ont cru pouvoir en conclure qu'il n'y avait pas à distinguer entre l'action et le droit que celle-ci est destinée à protéger; que l'action et le droit sont une seule et même chose. Cette manière d'envisager les choses manque d'exactitude: il suffit du plus léger examen pour se convaincre que l'action et le droit n'ont ni la même origine ni le même but.

(1) Blondeau, *Chrestomathie*, tom. I, pag. 116.

1° Ils n'ont pas la même origine. Le droit nous appartient en vertu de la loi ou en vertu des contrats, qui tiennent lieu de loi entre les parties ; l'action suppose quelque chose de plus : pour qu'elle existe, il faut que quelqu'un ait résisté à notre droit. Le droit est donc engendré par un fait licite, l'action, par un fait illicite ; car c'est toujours un fait illicite, que de méconnaître le droit d'autrui. En d'autres termes, l'action suppose nécessairement deux choses : d'abord, un droit préexistant, et ensuite, le fait illicite qui a méconnu ce droit. Si tous les hommes étaient justes, il serait encore nécessaire d'établir des droits ; mais les actions seraient inutiles (1).

2° Le droit et l'action n'ont pas le même objet. Ainsi, par exemple, je suis propriétaire ; vous méconnaissez mon droit en détruisant ma propriété par méchanceté, maladresse ou imprudence : dès cet instant, j'ai action contre vous pour obtenir

---

(1) Contre cette proposition, on peut objecter que, même en supposant tous les hommes *justes*, les actions seraient encore nécessaires pour tous les cas où le dommage résulte d'un fait *involontaire;* mais je réponds que l'homme *juste* s'empressera de réparer aussi bien les torts involontaires que les torts volontaires. On doit proscrire, à mon avis, la doctrine de quelques théologiens, qui pensent que l'auteur du dommage causé involontairement n'est point, en *conscience,* obligé à réparer ; parce que, dans ce cas, l'obligation est purement civile et résulte seulement de la sentence du juge. C'est là une doctrine relâchée qui me paraît repoussée par le sentiment intime de tous les honnêtes gens.

des dommages-intérêts, c'est-à-dire une somme d'argent égale au préjudice éprouvé. Mon droit de propriété consistait à jouir exclusivement de la chose ; l'action a un tout autre objet, puisqu'elle tend à obtenir une somme d'argent. Sans doute il est des cas où l'action paraît tendre au même but que le droit lui-même ; mais il suffit qu'il n'en soit pas toujours ainsi pour que l'action et le droit doivent être regardés comme deux choses distinctes.

§ 10. — Influence de l'exercice de l'action sur le droit lui-même.

Non-seulement l'action diffère essentiellement du droit qu'elle est destinée à protéger (*voy.* § 9) ; mais très-souvent elle a pour résultat de modifier, de transformer, de détruire le droit lui-même.

Cette modification du droit, par suite de l'exercice de l'action, fut même pendant bien longtemps la règle générale, puisque, ainsi que nous le verrons plus tard, *toute condamnation était pécuniaire* (1), quelle que fût d'ailleurs la chose qui

---

(1) Gaius, *Comm. IV*, § 48. — Si l'on s'en rapporte au texte de la L. 68, ff., *de Rei vind.*, il paraîtrait qu'au temps d'Ulpien, le détenteur pouvait être contraint par la force à la restitution de la chose; mais ce témoignage isolé ne peut détruire l'assertion si formelle et si absolue de Gaius. D'abord, il peut très-bien se faire que la jurisprudence, sur ce point, eût déjà changé au temps d'Ulpien; et, d'ailleurs, les mots *manu militari* pourraient bien n'être qu'une interpolation de Tribonien : ce qui me paraît vraisemblable. *Voyez* ci-après, liv. II, chap. II.

avait fait l'objet de la demande : ainsi tout droit, même la propriété d'un corps certain, tel qu'un immeuble, se convertissait, par l'effet du procès, en une simple créance d'une somme d'argent.

En tant que règle générale, c'était là, assurément, un arrangement fort bizarre; aussi fut-il modifié dans le dernier état du droit romain. Et toutefois notre droit français ne laisse pas que de présenter des résultats analogues. Je ne parle pas seulement ici des obligations *de faire*, qui se convertissent en une dette d'argent quand le débiteur n'exécute pas ce qu'il a promis (1), mais aussi de tous les autres cas où, la restitution en *nature* n'étant pas possible, il faut bien arriver à une restitution par équipollent, c'est-à-dire à une restitution pécuniaire. Il est même des circonstances où la restitution en nature serait rigoureusement possible, et où cependant on a également recours à une conversion en argent: c'est ce qui arrive toutes les fois qu'il y a lieu d'établir une contribution entre créanciers. Dans de tels cas, bien qu'il y ait dans l'actif des choses suffisantes pour acquitter en nature certaines des dettes du débiteur commun, les droits de tous les créanciers sont ramenés à une estimation pécuniaire; parce que, pour établir la contribution entre créanciers qui n'ont pas de privilége, il faut bien que les droits de tous soient réduits à une commune unité.

Quelquefois cette transformation que subit le

(1) *Code civil*, art. 1142. — Cf. art. 1144.

droit *déduit en jugement* n'est pas aussi saillante, parce que, au lieu de porter sur la chose matérielle, elle a seulement pour effet de modifier l'énergie légale du droit réclamé; mais elle n'en existe pas moins toujours à un degré quelconque. Ainsi, dans le droit romain, la *litis contestatio* produisait une espèce particulière de novation, sur laquelle nous reviendrons plus tard avec détails. Chez nous, bien que le droit soit beaucoup moins sous l'influence de la procédure qu'il ne l'était à Rome, on peut cependant remarquer des effets analogues à ceux que les Romains attribuaient à leur *litis contestatio*. Ainsi, l'exercice de l'action interrompt la prescription, et rend, en quelque sorte, au droit réclamé sa vigueur et sa jeunesse primitive; il rend perpétuels (c'est-à-dire prescriptibles seulement par trente ans) des droits qui se prescrivaient par un an, deux ans, trois ans.

L'exercice de l'action améliore aussi la position de l'ayant-droit sous d'autres rapports: la demande constitue le possesseur en mauvaise foi; elle fait produire des intérêts à des capitaux qui n'en portaient pas d'après la convention; elle met les cas fortuits aux risques des débiteurs (1); elle donne

(1) Bien entendu quand, d'ailleurs, la chose n'eût pas péri chez le demandeur. — Cet effet est aussi produit par une simple *sommation* de mise en demeure (*Code civil*, art. 1139) : mais on peut dire que si le législateur a attribué cette puissance à la simple sommation, c'est que vraisemblablement il a vu dans cet acte un préliminaire de

une hypothèque aux créanciers qui n'en ont pas (1), etc. etc.

A l'inverse, l'exercice de l'action conduit quelquefois, mais indirectement, à l'extinction des droits les plus légitimes. En effet, le respect dû à la chose jugée ne permet pas qu'on puisse renouveler une demande déjà repoussée par le juge, bien que souvent le demandeur n'ait succombé, dans la première action, que par l'absence de documents que depuis il a retrouvés.

La demande peut encore, sous un autre rapport, altérer le droit du demandeur; par exemple, le créancier de choses dues sous une alternative ne peut former sa demande sans consommer son option; et, par conséquent, sans réduire son droit à l'une des deux choses seulement : or, on tient pour principe constant que *re semel electa, postea variare non potest* (2). Si donc, pendant le litige, la chose

---

l'action proprement dite, ou même un commencement de demande judiciaire. Cela est au moins incontestable dans un cas tout à fait analogue, à savoir, pour la citation en conciliation. (*Code civil*, art. 2245. — *Code de procéd.*, art. 57.)

(1) L'hypothèque résulte du jugement et non de l'action; mais on peut dire que le jugement ne fait que reconnaître le droit réclamé par l'action : il n'est donc que la conséquence de l'action, qui se trouve ainsi, en définitive, la cause au moins *médiate* de l'hypothèque judiciaire.

(2) Quelques jurisconsultes pensent que le demandeur pourrait changer l'objet de sa demande tant qu'il n'y a pas *acquiescement* du défendeur : je ne puis partager cette opi-

choisie venait à périr par cas fortuit ou force majeure (1), la perte en serait supportée par le créancier; tandis que, si elle eût péri avant l'option, la perte eût été pour le débiteur, en ce sens que la créance aurait continué à subsister sur la chose restante.

§ 11. — Sens multiple du mot *action*.

Jusqu'ici nous avons employé le mot *action* dans son acception la plus générale (*voy.* § 1) : il faut maintenant le définir avec plus de précision, et indiquer (autant que cela est possible au commencement d'un traité) les sens très-divers que cette expression présente dans les écrits des jurisconsultes romains.

Il en est du mot *action* comme de tous les mots qui s'appliquent à une portion notable d'une science quelconque : non-seulement il a été employé pour désigner des choses de natures essentiellement différentes; mais, lors même qu'il semble désigner une seule et même chose, il est, en réalité, appliqué à des objets très-divers, sinon par le fond, au moins par les nuances que le temps et les circonstances impriment aux formes accidentelles du même objet. (*Voy.* les deux paragraphes suivants.)

---

nion : entre autres raisons, on peut dire que la *nouvelle* demande n'aurait pas subi le préliminaire de conciliation.

(1) Si, d'ailleurs, la chose eût également péri chez le demandeur.

§ 12. — **Des diverses espèces de droits sanctionnateurs compris dans l'expression générique** ***action.***

Dans son acception la plus large, le mot *action* comprend tous les droits sanctionnateurs à l'aide desquels un particulier peut veiller à la conservation de ses droits, à savoir, les demandes introductives d'instances ou *actions proprement dites* réelles ou personnelles, directes ou utiles; les *prœjudicia* ou actions préjudicielles; les *interdits*; les *stipulations prétoriennes* (1); et enfin les *exceptions* elles-mêmes (2); on doit aussi y comprendre les *restitutiones in integrum* (3).

Dans un sens moins étendu, quoique fort large lui-même (*voy.* le paragraphe suivant), ce mot s'applique de préférence aux actions proprement

---

(1) «*Actionis* verbo continetur *in rem, in personam, di-«recta, utilis, prœjudicium,* sicut ait Pomponius, *stipulationes* «etiam quæ *prætoriæ* sunt, quia actionum instar obtinent, «ut damni infecti, legatorum et si quæ alia similia sunt. «Interdicta quoque actionis verbo continentur.» Ulpian., L. 37, pr., ff., *de Obligat. et act.*

(2) «*Agere* etiam videtur qui *exceptione* utitur; nam reus «excipiendo fit *actor.*» Ulpian., L. 1, ff., *de Except.*

(3) Nous nous bornerons à dire ici quelques mots des actions proprement dites, ou *demandes judiciaires.* Quant aux autres droits sanctionnateurs, nous renvoyons à ce qui en sera dit plus tard dans le troisième livre. (*Voy.* pour les *exceptions,* le chap II; pour les *interdits,* le chap. III; pour les *restitutions en entier,* le chap. IV; et pour les *stipulations prétoriennes,* le chap. V.)

dites, c'est-à-dire à ce que nous appelons *demandes introductives d'instance*, et particulièrement aux actions *personnelles*. Les actions *réelles* sont de préférence désignées sous le nom de *petitiones* (1), d'où on appelle chez nous actions *pétitoires* celles qui soulèvent une question de propriété (2). Enfin, on appelait *persecutiones* les demandes qui ne subissaient pas la procédure ordinaire, mais dans lesquelles le magistrat décidait lui-même la contestation, sans renvoyer devant un juge: telles étaient notamment toutes les causes de fidéicommis (3).

L'action proprement dite est définie par Celsus: *Jus persequendi* IN (4) *judicio quod sibi debe-*

---

(1) «Actionis verbum et speciale est et generale : nam «omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit, *pe-«titio :* sed plerumque *actiones, personales* solemus dicere; «PETITIONIS autem verbo IN REM actiones significari viden-«tur...» Ulpian., L. 178, § 2, ff., *de Verb. signif.* — Cf. Paulus, L. 27, § 3, ff., *de Rei vindicat.* — Ulpian., L. 1, ff., *eod.* — Florent., L. 18, § 1, ff., *de Acceptil.* — Ulpian., L. 52, ff., *de Pactis, etc.*

(2) *Code de procédure civile*, art. 25, 26, 27.

(3) «... *Persecutionis* verbo *extraordinarias persecutiones* «puto contineri, ut puta, fideicommissorum et si quæ alia «sunt, quæ non habent juris ordinarii executionem.» Ulpian., L. 178, § 2, ff., *de Verb. signif.* — Paul., L. 34, *eod.* — Scævola, L. 89, § 4, ff., *de Legat.* — Marcianus, L. 32, § 1, ff., *de Fideic. libert.* — Gaius, *Comm.* II, § 278.

(4) Les meilleures éditions portent *judicio* au lieu de *in judicio.* — *Voyez*, à ce sujet, le *Corpus juris* publié par Schrader, tom. I, pag. 631; Berlin, 1832.

tur (1). Cette définition, reproduite par Justinien dans les *Institutes* (2), a été traduite par presque tous nos auteurs de procédure : *le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû.* Cette définition a l'inconvénient de ne s'appliquer qu'aux actions personnelles (3); quant à la traduction, elle ne reproduit que fort imparfaitement le sens original de Celsus, et elle enlève à ce passage toute sa couleur locale. En effet, comme nous le verrons sommairement dans le paragraphe 15, et plus amplement dans le chap. II de notre II[e] livre, le sens véritable est celui-ci : *L'action est le droit accordé par le magistrat de poursuivre devant un juge ce qui nous est dû.* Entendue dans ce sens, la définition n'est, au surplus, exacte que pour l'un des trois systèmes de procédure qui ont été successivement en vigueur à Rome, et dont nous donnerons, dans les paragraphes suivants, une esquisse qui sera complétée dans la suite de cet ouvrage.

Quoi qu'il en soit, en laissant pour le moment de côté les nuances secondaires qui tiennent aux formes de la procédure, et en prenant ce mot *latissimo sensu*, nous entendons par *action proprement dite* le droit de réclamer en justice ce qui

---

(1) Cels., L. 51, ff., *de Obl. et act.*

(2) *Præm.* Instit., *de Actionib.*

(3) Cependant Schrader, sur le *Pr.* Instit., *de Actionib.*, prétend prouver que les mots *quod sibi debetur* comprennent aussi bien les actions *réelles* que les actions *personnelles.*

nous est dû (*action personnelle*), ou ce qui nous appartient (*action réelle*).

§ 13. — **Des sens divers du mot *action* dans les trois systèmes de procédure qui ont été successivement en vigueur chez les Romains.**

Nous trouvons dans le droit romain trois systèmes de procédure bien distincts : les *actions de la loi*, les *formules*, les *jugements extraordinaires*. Ces trois systèmes ne se succédèrent pas brusquement : ce fut, au contraire, par des transitions lentes et ménagées qu'on passa du premier au second, et du second au troisième. L'explication de ces trois procédures forme l'objet spécial de notre second livre; nous n'en dirons donc ici que ce qui est rigoureusement nécessaire pour fixer les sens divers du mot *action*.

§ 14. **Continuation. — I. Sens du mot *action* dans la procédure dite *legis actiones*.**

Cette procédure remonte aux premiers âges de Rome, et fut en vigueur jusque vers le temps de Cicéron. Les actions de la loi étaient certaines formalités compliquées, composées de *gestes* et de *paroles* déterminés avec une précision si rigoureuse, que la moindre omission entraînait la perte du procès (1). — Cette antique procédure était à peu près entièrement inconnue avant la

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 11.— *Voy.* ci-après, liv. II, ch. I.

découverte des *Institutes* de Gaius. Quelque précieux que soient les renseignements que cette découverte nous a procurés, ils sont malheureusement loin d'être assez complets pour résoudre les nombreuses questions que soulève cette partie de l'histoire du droit romain. Au surplus, Gaius nous apprend que, déjà de son temps, plusieurs points importants de critique sur cette matière étaient controversés.

Quoi qu'il en soit, toujours est-il que, dans le langage propre à ce premier système, le mot *actio* n'offre pas le même sens qu'il présenta plus tard, quand on dit : *actio confessoria*, *actio emti*, *actio mandati*, *actio furti*. Dans ces dernières locutions, *actio* indique le droit de poursuivre tel ou tel droit; et, dans ce sens, il y a autant d'actions qu'il y a de droits différents. L'expression *legis* ACTIO a une toute autre signification: elle sert à désigner telle ou telle manière de procéder. Ainsi on disait : Il y a cinq actions de la loi : l'*actio sacramenti*, la *condictio*, la *judicis postulatio*, la *manus injectio*, la *pignoris capio ;* comme on dirait, chez nous : Il y a plusieurs espèces de procédures : la procédure ordinaire, la procédure sommaire, l'arbitrage, la contrainte par corps, la saisie mobilière ou immobilière, etc. etc.; ou bien encore, comme au temps des jurisconsultes du Digeste, on distinguait la procédure ordinaire (*judicia ordinaria*), la procédure extraordinaire (*judicia extraordinaria*), les voies de contrainte sur les biens (*missiones in possessionem bonorum*), etc. etc.

§ 15. Continuation. — II. Sens du mot *action* dans la procédure par formules.

La procédure par *formules* fut introduite par la loi *Æbutia* et les deux lois *Julia ;* elle remplaça les actions de la loi, qui cependant continuèrent à être observées en certains cas, à savoir : 1° dans les actes solennels de la procédure extra-judiciaire tels que l'affranchissement par vindicte, l'adoption, l'émancipation, la *cessio in jure ;* et 2° toutes les fois que le procès était porté devant le tribunal des centumvirs (1).

La procédure formulaire est, sans contredit, la plus intéressante à connaître pour nous, puisqu'elle était en pleine vigueur à l'époque brillante des grands jurisconsultes dont les écrits furent plus tard morcelés par Justinien, pour la compilation du Digeste. — C'est d'ailleurs celle sur laquelle nous possédons le plus de renseignements.

Un caractère extrêmement remarquable de cette procédure, c'est de n'être en réalité autre chose que le *jugement par jurés* appliqué aux matières civiles. — Le procès se composait de deux instances distinctes : la première se passait devant le magistrat, la seconde devant le juge ou juré. — Le demandeur citait d'abord son adversaire devant le magistrat (*vocatio in jus*). Celui-ci entendait les parties, non pour statuer lui-même sur le point

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 31.

débattu, mais pour le préciser et poser la question que le juré aurait à résoudre. Il renvoyait alors les parties devant un ou plusieurs jurés (*judex*, *unus judex*, *arbiter*, *recuperatores*), qu'il investissait du droit de condamner ou d'absoudre le défendeur, suivant que la question par lui posée leur paraîtrait devoir être affirmativement ou négativement résolue; en voici un exemple : RECUPERATORES SUNTO. SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO, CONTRA EDICTUM ILLIUS PRÆTORIS, IN JUS VOCATUM ESSE, RECUPERATORES ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNANTO; SI NON PARET, ABSOLVUNTO (1).

Cette espèce d'arrêt de renvoi, qui saisissait les jurés de la contestation, est précisément ce que l'on appelle *actio*, *formula*, et aussi quelquefois *judicium*, bien que cette dernière expression désigne plus spécialement l'*instance* qui s'engage devant le juge et dont le *judicium* est seulement l'acte introductif. C'est à l'action ainsi envisagée que se rapporte la définition de Celsus, que nous avons rapportée plus haut; et on comprend maintenant combien la traduction ordinaire en dénature le véritable sens. — L'action obtenue, les parties se rendaient devant le juge qu'elles avaient le droit de choisir elles-mêmes; et celui-ci examinait et jugeait conformément aux instructions et aux pouvoirs contenus dans la formule. La décision du juge ou juré portait le nom de *sententia*. On revenait

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 46.

devant le magistrat pour l'exécution. — Cette procédure, connue sous le nom d'*ordo judiciorum*, fut suivie jusqu'au temps des empereurs Dioclétien et Maximien.

§ 16. Continuation. — III. Sens du mot *action* dans la procédure dite *jugements extraordinaires*.

Déjà sous l'empire du système formulaire, il y avait des cas assez fréquents dans lesquels le magistrat, au lieu de renvoyer l'affaire devant un juge, statuait lui-même sur le fond du litige. Cette manière exceptionnelle de terminer les procès était désignée par les expressions *cognitiones extraordinariæ, actiones extraordinariæ, judicia extraordinaria.* Dans la suite, ces cas se multiplièrent, les magistrats empiétant sans cesse sur les attributions des jurés. Enfin Dioclétien convertit l'exception en règle générale, ce qui fait dire à Justinien : *Quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia* (1).

Le renvoi de l'affaire par le magistrat à un juge, ou, comme nous dirions chez nous, *le jugement par jurés*, quoique formant un trait caractéristique de la procédure formulaire, n'est pas exclusivement particulier à cette procédure. Il est incontestable, en effet, que ce renvoi avait déjà lieu à l'époque des actions de la loi (2); il est certain,

---

(1) § 8, Instit., *de Interdictis.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 15, 18 et *passim.*

d'un autre côté, que, même depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum* par Dioclétien, les magistrats supérieurs pouvaient, quand ils étaient trop surchargés d'affaires, renvoyer les parties devant les *judices pedanei.* Mais je ne pense pas que, soit dans le premier, soit dans le troisième système, le magistrat rédigeât aucune formule. D'ailleurs, les juges pédanés du Bas-Empire étaient bien plutôt des magistrats inférieurs que de véritables jurés, comme ceux de la procédure formulaire.

Dans ce troisième et dernier système de procédure, le mot *action* perd évidemment la signification spéciale qu'il avait dans la procédure formulaire. C'est bien encore le *droit de poursuivre ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient;* mais il n'est plus nécessaire que ce droit soit accordé préalablement par un magistrat: chacun peut, à ses risques et périls, engager une instance; et l'expression *in judicio*, de la définition de Celsus, ne présente plus la signification technique qu'elle avait dans la pensée de ce jurisconsulte.

Cette dernière signification du mot *action* est, du reste, la seule qui convienne à notre procédure française actuelle.

LIVRE PREMIER.

DU POUVOIR JUDICIAIRE ET DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX ROMAINS.

CHAPITRE PREMIER.

DU POUVOIR JUDICIAIRE (*JURISDICTIO*).

§ 17. — Distinction des divers pouvoirs sociaux chez les modernes.

Les modernes ont analysé avec beaucoup de soin les divers éléments qui, sous toutes les formes de gouvernements, constituent la puissance souveraine. On a reconnu trois pouvoirs distincts : le pouvoir *législatif*, le pouvoir *exécutif* (ou *administratif*) et le pouvoir *judiciaire*. Cette division, adoptée par Montesquieu, a été justement critiquée. Il n'est pas exact, a-t-on dit, de mettre le pouvoir législatif, qui est le pouvoir par excellence, sur la même ligne que la puissance exécutive et la puissance judiciaire, qui ne sont que des pouvoirs subordonnés. Il vaudrait mieux ne distinguer que deux pouvoirs : le *législatif*, qui ordonne et commande, et l'*exécutif*, qui obéit et applique ce que l'autre a décrété ; sauf à subdiviser ensuite le pouvoir exécutif en plusieurs branches, dont l'une serait la puissance judiciaire.

Rien de moins arrêté, d'ailleurs, que les idées que les publicistes se font de ces divers pouvoirs. On entend par chacun d'eux, tantôt une chose, tantôt une autre; et, de plus, il est tel pouvoir public qu'on ne sait auquel de ceux-là rapporter. Au surplus, quel qu'en soit le mérite, cette division suffit au but que nous nous proposons en ce moment.

Cette séparation systématique des pouvoirs sociaux n'est pas demeurée à l'état de théorie scientifique: elle a fait invasion dans l'ordre pratique; elle a été acceptée comme base essentielle et fondamentale; et a présidé, dans presque toutes les constitutions modernes, à la distribution et à l'organisation de la puissance publique. Non-seulement on a évité de concentrer ces divers pouvoirs en une seule main; mais on a fait, au contraire, de leur séparation un principe fondamental d'ordre, un palladium de liberté. « Lorsque, dans la même « personne, ou dans le même corps de magistra- « ture, la puissance législative est réunie à la puis- « sance exécutrice, il n'y a point de liberté, parce « qu'on peut craindre que le même monarque, ou « le même sénat, ne fasse des lois tyranniques pour « les exécuter tyranniquement. — Il n'y a point en- « core de liberté, si la puissance de juger n'est pas « séparée de la puissance législative et de l'exécu- « trice. Si elle était jointe à la puissance législative, « le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens « serait arbitraire; car le juge serait le législateur. « Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le

« juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. — « Tout serait perdu, si le même homme, ou le « même corps des principaux, ou des nobles, ou « du peuple, exerçait ces trois pouvoirs : celui de « faire des lois, celui d'exécuter les résolutions « publiques, et celui de juger les crimes ou les « différends des particuliers (1). »

§ 18. Continuation. — En quoi le pouvoir législatif diffère, soit du pouvoir judiciaire, soit du pouvoir exécutif.

Par pouvoir législatif, tout le monde à peu près s'accorde à entendre le pouvoir de commandement sur les hommes pris collectivement ; c'est-à-dire le droit d'établir, relativement aux divers rapports sociaux, des règles dont la violation est réprimée par des peines plus ou moins graves. Le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire ont également pour mission d'exécuter les résolutions législatives, mais d'une manière fort différente, comme nous allons le voir au § 19.

I. Au premier abord, rien ne paraît plus facile que de distinguer le pouvoir exécutif du pouvoir législatif : il semble qu'il ne peut exister de confusion entre deux choses aussi distinctes que le sont l'obéissance et le commandement, le précepte et l'exécution ; et cependant, non seulement il n'est pas facile d'indiquer, même *à priori*, les limites de ces deux pouvoirs ; mais, en supposant ces limites clairement établies en théorie, l'application aux faits offrirait encore de sérieuses difficultés.

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI.

La différence la plus saillante, la seule peut-être qui se présente d'une manière nette et constante, c'est que le pouvoir législatif est un pouvoir supérieur qui agit avec une liberté et une spontanéité pleines et entières; tandis que le pouvoir exécutif apparaît, au contraire, comme un pouvoir subordonné dont la mission principale est de procurer l'exécution des volontés du pouvoir législatif. Le pouvoir exécutif jouit, il est vrai, d'une certaine liberté et d'une certaine spontanéité, mais dans un cercle beaucoup plus restreint que le pouvoir législatif, puisque tous ses actes doivent tendre à l'exécution des lois. — Tous les autres caractères de différence signalés par les publicistes me paraissent douteux et obscurs, surtout quand il s'agit d'en faire l'application à notre droit public actuel. Ainsi on est assez généralement porté à considérer le pouvoir de commandement comme appartenant à l'autorité législative, quand il a un caractère de généralité et de permanence; et comme appartenant, au contraire, à la puissance exécutive, soit lorsqu'il s'applique seulement à certaines classes d'individus ou à certaines localités, soit quand il a un caractère temporaire. Qui ne voit combien ces prétendues différences sont peu constantes? Certaines lois ont un caractère essentiellement temporaire, par exemple, les lois de finances; d'autres ne s'appliquent qu'à une localité, comme celles qui autorisent une ville à contracter des emprunts, ou bien encore, celles qui autorisent l'aliénation de certaines parties du do-

maine de l'Etat; d'autres ne s'appliquent qu'à certaines classes d'individus, par exemple, la loi sur l'état des officiers. A l'inverse, les ordonnances royales ont très-souvent un caractère de généralité et de permanence. — Une différence plus réelle, et surtout plus importante, est que les lois seules peuvent créer des peines, des amendes. Les ordonnances émanées du pouvoir exécutif n'ont point, en général, cette puissance. Seulement il peut arriver qu'une loi prononce des peines contre ceux qui ne se conformeraient pas aux actes du pouvoir exécutif : c'est ainsi, par exemple, que l'article 471 du Code pénal établit la peine de l'amende contre ceux qui contreviendraient aux règlements de l'autorité municipale. Mais les tribunaux devant lesquels les contrevenants seraient traduits auraient le droit d'examiner si le règlement rentrait, ou non, dans les attributions de l'autorité administrative.

II. La distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est plus facile, parce que le second manque totalement de la liberté et de la spontanéité qui appartiennent si essentiellement au premier. — Le pouvoir législatif procède par formules générales et abstraites; le pouvoir judiciaire tire de ces formules des applications spéciales et concrètes. Le pouvoir législatif établit la règle; le pouvoir judiciaire donne à cette règle l'activité et la vie sans lesquelles la loi ne serait qu'une lettre morte : c'est par lui que la loi entre dans le domaine de la réalité et des faits. Le législateur ne règle que l'avenir ; il se préoccupe de

l'utilité de ses commandements; le juge s'occupe seulement des faits accomplis; il leur applique aveuglément, fatalement, la règle préexistante.

§ 19. Continuation. — En quoi le pouvoir judiciaire diffère du pouvoir exécutif ou administratif.

Ces deux branches du pouvoir exécutif ont un caractère commun, celui d'être des pouvoirs subordonnés à la puissance législative; mais il y a entre elles de nombreuses et importantes différences.

1° L'autorité administrative agit spontanément; elle n'a pas besoin d'être provoquée. — L'autorité judiciaire, au moins en matière civile, n'entre jamais en action qu'autant qu'elle y est régulièrement provoquée par les demandes des parties.

2° L'autorité administrative est libre d'agir ou de ne pas agir (1). — L'autorité judiciaire, quand elle est régulièrement provoquée, est obligée d'agir, sous les peines attachées au déni de justice (2).

3° L'autorité administrative est prévoyante; elle s'occupe de l'avenir, elle fait des règlements et prend les mesures propres à prévenir le mal. — L'autorité judiciaire applique les lois à des faits individuels préexistants; elle ne peut statuer par voie de décision réglementaire et générale (3).

---

(1) Sauf, bien entendu, le cas où une loi aurait expressément ordonné quelque mesure.

(2) *Code civil*, art. 4. — Il en était autrement à Rome, où le juge pouvait se dispenser de prononcer, en affirmant qu'il n'était point suffisamment éclairé (*non liquet*).

(3) *Code civil*, art. 5. — *Voy.* ci-après, § 25, 28 et 55.

4° L'autorité administrative se détermine par des vues d'utilité générale. — L'autorité judiciaire n'a jamais à consulter des considérations de cette nature : son rôle se borne à appliquer les lois générales aux faits spéciaux qui lui sont soumis (1).

5° L'autorité administrative non-seulement applique les lois existantes, mais elle en étend les dispositions aux cas non prévus, au moyen de règlements généraux ; de plus, et dans de certaines limites, elle fait elle-même des règlements qui donnent naissance à des droits. — L'autorité judiciaire reconnaît et déclare le droit ; elle ne peut jamais lui donner naissance (2).

6° La marche de l'autorité administrative est ordinairement simple, rapide, dégagée de formes ; elle varie suivant les circonstances. — Celle de l'autorité judiciaire est, au contraire, en général, environnée de formes lentes, solennelles, rigoureuses.

§ 20. — Caractères du pouvoir judiciaire chez les Romains. — 1er *caractère* : Confusion de ce pouvoir avec le pouvoir administratif.

Chez les Romains, comme chez presque tous les peuples de l'ancien monde, le pouvoir judiciaire n'était point séparé des autres attributions de la

(1 - 2) Si les Romains avaient partagé nos idées sur la séparation des pouvoirs, l'*Édit prétorien* leur aurait paru sans doute une usurpation flagrante du pouvoir législatif.

souveraineté : nous le voyons, au contraire, dans les mains des chefs du peuple, soit pendant la guerre, soit pendant la paix, comme une partie essentielle de la puissance publique. Il appartenait incontestablement aux rois (*voy.* § 40); et quand le roi fut remplacé par deux consuls annuels, ces magistrats obtinrent, avec la plénitude du pouvoir royal (*imperium*), le droit de rendre la justice (*jurisdictio*) : aussi furent-ils souvent appelés *judices* et *prætores, quod præirent jure et exercitu.* Pareillement quand, plus tard, on démembra la puissance consulaire, pour attribuer l'administration de la justice à des magistrats spéciaux (*préteurs*), cela tint à une tout autre cause qu'à une vue systématique des avantages que peut présenter cette séparation (*voy.* § 44). Aussi le pouvoir judiciaire, dans les mains des préteurs, continua-t-il à être considéré comme une délégation directe et complète de la souveraineté, et comme n'ayant rien d'incompatible avec les autres fonctions publiques. Les préteurs étaient considérés comme les collègues des consuls (*collegæ consulum*); et, comme tels, ils étaient fréquemment chargés du commandement des armées, du gouvernement des provinces, et de diverses autres fonctions qui dépendent essentiellement du pouvoir exécutif ou administratif.

L'édilité nous offre des faits analogues (*voy.* § 45) : en sorte que cette confusion des pouvoirs judiciaire et administratif, si soigneusement évitée par les modernes, doit être considérée comme l'un

des traits les plus constants du pouvoir judiciaire chez les Romains. (*Voy.* § 17.)

§ 21. — II[e] *caractère du pouvoir judiciaire romain* : Défaut d'unité. — Absence de hiérarchie.

Un autre caractère remarquable du pouvoir judiciaire, au moins jusqu'à l'empire, c'est l'absence complète d'unité et de hiérarchie. Chaque magistrat était souverain dans son ressort. Non-seulement il n'existait aucun tribunal suprême qui, comme notre Cour de cassation, eût pour mission de maintenir, entre les diverses parties du territoire, l'uniformité dans l'application de la loi; mais il n'y avait pas même dans la juridiction cette gradation que nous regardons comme si nécessaire, et qui permet d'attaquer devant un tribunal supérieur ce qui a été jugé par un tribunal inférieur. Aussi, pendant tout le temps de la république, il n'exista, dans la procédure civile, aucune voie pour faire réformer les jugements, soit pour *mal jugé*, soit pour *violation de la loi* (1) : tout jugement était

(1) Nous voulons parler ici de voies analogues à notre appel ou à notre recours en cassation, c'est-à-dire de voies de réformation fondées sur une organisation *hiérarchique* des tribunaux; car déjà, sous la république, il existait certains moyens d'obtenir la révocation d'une sentence inique ou illégale, ou tout au moins d'empêcher son exécution. Ces moyens sont ceux dont on dit plus tard qu'ils faisaient rescinder la sentence sans qu'il fût besoin d'appel (*voy.* au Digeste, le titre *Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur;* et, au Code, *Quando provocare necesse non est*) : nous y reviendrons au commencement du livre IV.

en premier et dernier ressort (1). — Plusieurs causes empêchaient que cette omnipotence absolue dans l'administration de la justice ne dégénérât en abus : d'une part, les magistrats n'étaient élus que pour une année, et à leur sortie de charge on pouvait leur demander un compte sévère de leur gestion ; d'autre part, le juge prévaricateur ou incapable était responsable, envers les parties lésées, de ses mauvais jugements. C'est ce qu'on appelait *faire le procès sien* (*judex litem suam facit*).

Pour les magistrats du peuple romain, cet état de choses s'explique aisément. Comme tous les magistrats étaient nommés directement et immédiatement par le peuple entier, chacun d'eux devait naturellement être considéré comme ayant une délégation complète du pouvoir souverain, qui résidait dans le corps de la nation ; et cette origine commune empêchait qu'il n'existât entre eux une subordination assez formelle pour que l'un de ces magistrats se crût autorisé à réformer la décision des autres. On distinguait bien, il est vrai, les magistrats *supérieurs*, tels que les consuls, les préteurs, etc., des magistrats *inférieurs*, tels que les édiles, les questeurs, etc. ; mais cette distinction se référait seulement à des différences dans la nature des fonctions, dans leur importance, dans les honneurs qui y étaient attachés, et nullement à

(1) Excepté, bien entendu, en matière criminelle, où, de tout temps, le citoyen condamné avait joui du droit d'en appeler au peuple.

l'idée d'une subordination hiérarchique qui aurait soumis les actes des fonctionnaires inférieurs au contrôle et à la censure de ceux d'un rang plus élevé.

Cette explication devrait conduire à des résultats tout contraires pour les magistrats des villes municipales. Comme ils ne tenaient leur pouvoir que d'une fraction du peuple, ils ne pouvaient être considérés comme dépositaires de l'autorité souveraine; et, dès lors, il eût été naturel que leurs jugements n'eussent point le caractère d'arrêts souverains, et qu'on pût en appeler devant les magistrats qui représentaient le corps entier de la nation. Toutefois, il paraît que, pendant assez longtemps, il en fut autrement : cela tenait sans doute à ce que, dans l'origine, les habitants des municipes d'Italie étaient, par rapport aux Romains, des alliés ou des confédérés, bien plus que des sujets ou des co-citoyens. (*Voyez* § 47.)

Au surplus, pour toutes les parties de l'empire indifféremment, l'absence de voies régulières pour obtenir la réformation des jugements pourrait aussi être expliquée d'une autre manière. Comme le juré était librement choisi par les plaideurs, on pourrait dire que chacune des parties s'était tacitement engagée à se soumettre à la sentence, quelle qu'elle fût; mais cette explication n'est pas suffisante. D'abord, on ne voit pas pourquoi le choix d'un arbitre emporterait renonciation à faire réformer la sentence si elle est injuste : du moins il n'en est pas ainsi chez nous; puis, bien que, sous l'em-

pire, les citoyens eussent conservé le droit de choisir leurs juges, ce choix n'était point considéré comme incompatible avec l'appel; enfin, resterait toujours à expliquer pourquoi il n'y avait pas de moyen d'attaquer la formule d'action, c'est-à-dire le jugement interlocutoire sur le droit.

§ 22. — Suite du même sujet.

La chute du gouvernement républicain dut nécessairement changer cet état de choses. Le prince étant dépositaire de toutes les fonctions politiques et religieuses qui constituaient la souveraineté, toutes les magistratures anciennes, autrefois souveraines, descendirent naturellement à l'état d'autorités subordonnées : la hiérarchie s'établit donc; et en peu de temps l'empereur nous apparaît formant pour tout l'empire un tribunal suprême, auquel on pouvait déférer les décisions de tous les magistrats (1).

§ 23. — IIIe *caractère du pouvoir judiciaire romain :* Participation des simples citoyens à l'administration de la justice.

Mais le trait le plus saillant et le plus caractéristique de l'organisation judiciaire des Romains, tant en matière civile qu'en matière criminelle, est assurément la division des fonctions judiciaires entre le *magistrat*, qui détermine *à priori* les conséquences juridiques des faits allégués soit par le

(1) *Voyez* l'introduction au livre IV, et la note 1 du § 21.

demandeur, soit par le défendeur (*jus dicere*); et le *juge* ou *juré*, qui vérifie ces allégations, leur applique les principes indiqués à l'avance par le magistrat, et met ainsi fin au litige par une sentence définitive (*judicare*).

Dès les temps les plus anciens, le magistrat intervenait dans les procès, non pour statuer définitivement lui-même sur le point débattu; mais pour en déférer la connaissance à un ou plusieurs jurés, que les parties choisissaient elles-mêmes, et auxquels le magistrat conférait les pouvoirs nécessaires pour juger. La *judicis datio* n'est donc point un caractère particulier à la procédure formulaire; nous la trouvons, au contraire, dans la procédure la plus ancienne, celle des *legis actiones*, bien que, dans cette procédure, le rôle du magistrat n'eût probablement ni la nature ni l'importance qu'il obtint plus tard dans la procédure par formules. (*Voy.* § 15 et 25.)

§ 23. Continuation. — Avantages politiques de cette institution.

Cette intervention active des citoyens dans le jugement des procès donnait à la justice un caractère éminemment populaire et libéral, tout à fait en harmonie avec la constitution libre de l'Etat, et qui survécut même à la perte de la liberté politique.

Par là se trouvaient prévenus les abus qui auraient pu résulter du pouvoir souverain et sans contrôle dont les magistrats étaient investis. En

effet, comme le magistrat n'intervenait que pour instituer les juges et assurer l'exécution de leur sentence, il en résultait que les parties étaient réellement jugées par les juges qu'elles-mêmes avaient choisis, et qui, par cela même, leur offraient toutes les garanties désirables. C'est ainsi que, chez nous, l'intervention des jurés rend à peu près sans danger les erreurs ou les préventions des chambres de mise en accusation.

Cet arrangement, en déchargeant les magistrats de la partie la plus longue et la plus fastidieuse des procès, à savoir, la vérification des allégations contradictoires des plaideurs, offrait encore cet avantage, que les magistrats les plus élevés de la république pouvaient, malgré leur petit nombre, s'occuper de toutes les affaires, même les plus minimes. Ainsi, d'une part, les citoyens les plus pauvres trouvaient dans la position élevée des magistrats des garanties précieuses, puisqu'ils n'avaient point à redouter l'influence qu'un adversaire puissant aurait pu exercer sur des fonctionnaires moins haut placés; et, d'autre part, toutes les affaires étant également soumises à des magistrats revêtus de la toute-puissance républicaine, la juridiction en tirait un caractère de grandeur et de dignité qui exerçait sur l'administration de la justice la plus salutaire influence.

§ 25. Continuation. — Avantages techniques de cette institution.

I. Il est vraisemblable qu'au temps des *legis actiones*, le rôle du magistrat se bornait à présider aux

actes solennels dont se composait la *legis actio*, et à constituer le juge, sans donner d'ailleurs à celui-ci aucune instruction sur les principes qu'il aurait à appliquer à la cause.

Dans la procédure qui remplaça les actions de la loi, le magistrat entra plus avant dans l'examen de l'affaire. Il ne se bornait plus à instituer le juge choisi par les parties; mais il rédigeait une instruction destinée à le guider dans le jugement de la cause. Et comme cette instruction (*formula*) non-seulement précisait le point débattu, mais décidait souverainement d'après quels principes la question serait jugée; et, même fort souvent, autorisait *le juge à baser sa décision sur des principes que le droit civil rigoureux ne reconnaissait pas;* il arrivait de là que le magistrat exerçait une influence très-directe, non-seulement sur chaque cause en particulier, mais aussi sur la formation du droit en général. — Bien qu'elle choque nos idées modernes sur la subordination du pouvoir judiciaire envers le pouvoir législatif, cette action des magistrats romains sur la législation ne pouvait qu'être très-favorable au perfectionnement général du droit. Par la nature du rôle qu'il était appelé à jouer dans la procédure, le magistrat se trouvait dans les conditions les plus désirables qu'on puisse imaginer, pour reconnaître les vices de la législation et y porter remède. D'un côté, en effet, il était assez près de la réalité des faits pour ne point se fourvoyer dans les voies hasardeuses de théories purement spéculatives; et, d'un autre côté,

comme il avait seulement à s'occuper des conséquences juridiques des faits allégués par les plaideurs, et non à en vérifier la vérité, il ne se fatiguait point aux détails oiseux des enquêtes sur le fait, et conservait ainsi toute la vigueur nécessaire pour embrasser d'un esprit vaste et puissant les résultats généraux que lui offrait la pratique des affaires. Aussi, lors même que l'histoire tout entière du droit romain ne serait pas là pour l'attester, ces circonstances suffiraient à elles seules pour nous autoriser à conclure que c'est principalement à la juridiction prétorienne que le droit romain est redevable de ce haut degré de perfection qui n'a jamais été dépassé (1).

(1) Cette heureuse alliance de la théorie et de la pratique est aussi un des traits les plus remarquables des jurisconsultes romains; ainsi que nous aurons occasion de le faire remarquer plus tard. (*Voy.* § 41 et 54.)

Notre Cour de cassation se trouve dans des conditions analogues à celles où était placé le préteur romain; mais, par suite de nos principes constitutionnels sur la division des pouvoirs, cette cour ne peut exercer, pour l'amélioration de la législation, aucune influence directe. Il est incontestable, cependant, que l'Assemblée constituante et la Convention nationale avaient très-bien aperçu l'utilité que pouvaient offrir, pour le perfectionnement des lois, les observations d'une cour si bien placée pour juger les lois par leur application. L'article 24 de la loi du 27 novembre — 1er décembre 1790, le titre III, chapitre v, article 22 de la constitution du 3 septembre 1791, l'article 257 de l'acte constitutionnel du 5 fructidor an III portaient : « Chaque « année, le tribunal de cassation sera tenu d'envoyer à la « barre de l'assemblée du Corps législatif une députation

Cette organisation judiciaire offrait encore toutes les conditions d'une bonne justice, tant pour le jugement du droit que pour l'appréciation du fait. — La décision du point de droit exige des connaissances techniques qu'on ne peut rencontrer que chez les hommes qui ont fait de la jurisprudence une étude spéciale. Le jugement du fait suppose seulement un esprit juste et droit, un peu habitué aux hommes et aux affaires (1); mais il exige, en général, beaucoup de temps. Sous ce

---

«de huit de ses membres, qui lui présenteront l'état des «jugements rendus, à côté de chacun desquels sera la no«tice abrégée de l'affaire, et le texte de la loi qui aura dé«cidé la cassation.»

La loi du 27 ventôse an VIII allait plus directement au but: «Le tribunal de cassation (disait l'article 86) enverra «chaque année au gouvernement une députation, pour lui «indiquer les points sur lesquels l'expérience lui aura fait «connaître les vices ou l'insuffisance de la législation.» — Cette disposition fut exécutée en l'an IX (*voy.* le *Moniteur* du 18 nivôse); aujourd'hui elle est complétement tombée en désuétude : c'est un mal que nous déplorons d'autant plus que nous sommes mieux à même d'apprécier l'importance des services que pourraient rendre à la législation les observations d'une cour qui renferme tant d'expérience et de savoir.

(1) A l'appui de ce que je dis ici, je pourrais citer l'exemple de nos tribunaux de commerce, qui jugent, en général, avec beaucoup de sagacité, les questions de fait; mais qui se trompent bien souvent dans le jugement de la question de droit : ce qui est fort excusable, puisque les personnes qui composent ces tribunaux sont ordinairement étrangères à l'étude du droit.

double rapport on trouverait difficilement une combinaison plus satisfaisante que la procédure civile des Romains.

Les magistrats, n'ayant à s'occuper des procès que pour déterminer les principes selon lesquels les causes seraient instruites et jugées, pouvaient en peu de temps expédier une grande quantité d'affaires (1). Il n'était donc pas nécessaire qu'ils fussent très-nombreux; ce qui permettait de ne confier ces importantes fonctions qu'à des hommes d'une expérience et d'un talent éprouvés (2).

---

(1) Tous les documents attestent que les plaidoiries devant le magistrat se bornaient à des observations très-brèves. *Voy.* notamment Cicéron, *pro Quinto*, 8.

(2) A mon avis, l'un des vices principaux de notre organisation judiciaire se trouve précisément dans le grand nombre de magistrats qu'elle suppose. Dans un pays où les relations sociales sont si compliquées, et où la législation a subi tant de variations, l'art du jurisconsulte est certainement l'un des plus difficiles; il exige, à un très-haut degré, érudition, jugement sain et droit, sagacité, connaissance des hommes et des affaires, etc. etc. — Pourquoi trouverait-on plusieurs milliers de bons jurisconsultes, plutôt que plusieurs milliers de bons mathématiciens, d'orateurs éloquents, de peintres ou de statuaires habiles? En toutes choses, les hommes forts sont rares : multiplier le nombre des juges, c'est évidemment assurer la majorité aux moins capables.. — D'ailleurs, si la pluralité des juges dans un même tribunal offre quelques garanties de lumières et d'impartialité, elle a, par contre, l'inconvénient fort grave de diminuer beaucoup la responsabilité de chaque juge en particulier. (*Voy.* ci-après, page 45, note 3.)

Quant aux vérifications de fait (1), le grand nombre des jurés (2) auxquels on pouvait distribuer les causes faisait que chacun d'eux, n'ayant à s'occuper que d'un petit nombre de procès, pouvait donner à leur examen tout le temps nécessaire (3-4).

---

(1) Nous aurons, dans la suite, plus d'une occasion de faire remarquer que le juré romain avait aussi à résoudre quelques *questions de droit*, en ce sens qu'il avait à reconnaître les *qualifications légales* des faits et des actes qui étaient soumis à son examen. Cela n'avait pas de grands inconvénients à Rome, où la connaissance du droit était fort répandue; et d'ailleurs cela était inévitable, car il arrive bien rarement, surtout en matière civile, que la question de fait se présente absolument dégagée de tout élément de droit. — Nous reviendrons sur ce point dans le livre II, chapitre II, section 2.

(2) Au temps d'Auguste, il y avait à Rome 1,000 jurés inscrits sur les listes annuelles. — *Voy.* la section 2 du chap. suivant.

(3) Les plaidoiries devant le *judex* recevaient de très-grands développements. Les discours de Cicéron suffiraient à eux seuls pour l'établir; mais le fait est d'ailleurs certain. (Quintil., *Inst. orat.*, VIII, 3, 3. — *Voyez* ci-après, livre II, chapitre II, section 2.)

(4) Chez nous, au contraire, plusieurs magistrats (trois dans les tribunaux de première instance, sept dans les cours royales) sont employés à l'examen d'une seule affaire, non-seulement quant à la *solution du point de droit*, ce qui se concevrait encore, mais aussi pour l'appréciation des points de fait et pour tous les incidents même les plus insignifiants de l'instruction : de là une perte de temps énorme. Aussi, quoique très-nombreux (*voy.* p. 44, n. 2), nos tribunaux peuvent à peine suffire à l'expédition des affaires, et sont obligés de juger avec une précipitation qui n'est pas moins

§ 26. — IV[e] *caractère du pouvoir judiciaire romain :* Délégation de la juridiction.

Chez les modernes, toutes les fonctions publiques, et notamment les fonctions judiciaires, sont considérées comme essentiellement personnelles, et nous ne comprendrions guère qu'un magistrat pût déléguer, surtout à de simples particuliers (1),

---

contraire au bien de la justice qu'à la considération qui doit toujours entourer ses organes. — Pourquoi n'étendrait-on pas à une foule d'autres incidents de l'instruction le système adopté pour les enquêtes ordinaires (*Code de procéd.*, art. 255 et suiv.), pour les inscriptions de faux (*ibid.*, art. 219 et suiv.), pour les redditions de compte (*ibid.*, art. 530 et suiv.), pour les partages (*ibid.*, art. 969 et suiv.), pour les contributions (*ibid.*, art. 656 et suiv.), pour les ordres (*ibid.*, art. 750 et suiv.), etc. etc.? Pourquoi ne renverrait-on pas, soit à un seul juge, soit même à un simple arbitre privé ou à un officier inférieur de justice, l'examen et même la décision de cette multitude d'incidents qui absorbent si mal à propos le temps que les magistrats emploieraient plus utilement à l'étude des questions de droit que le procès peut soulever? — N'est-ce pas, par exemple, une chose vraiment déplorable de voir, chaque jour, les diverses chambres du tribunal de la Seine perdre une partie si considérable du temps des audiences à cette formalité insignifiante désignée au Palais sous le nom d'*appel des placets?* Un simple greffier ne suffirait-il pas, et de reste, à l'expédition d'une telle besogne; sauf à en référer au juge quand il se présenterait quelque difficulté grave?

(1) Nous avons bien, chez nous, en quelques circonstances, les *commissions rogatoires;* mais cette institution a un tout autre caractère que la délégation de juridiction en usage chez les Romains. — Voyez *C. de proc.*, art. 1035.

les pouvoirs dont il est revêtu. Autres étaient les idées des Romains : dès les temps les plus anciens, les magistrats avaient été dans l'usage de déléguer, soit à des particuliers, soit à d'autres magistrats, certaines parties de leur pouvoir, et principalement la juridiction. Cette singularité remarquable, sur laquelle nous reviendrons plus tard avec détail, mérite d'être signalée, dès à présent, comme une différence caractéristique entre les idées des Romains et les nôtres sur la nature même du pouvoir judiciaire. (*Voy.* § 35.)

§ 27. — Jurisdictio. — Imperium merum. — Imperium mixtum. — Notio. — Cognitio. — Decretum.

Nous terminerons ce chapitre en fixant, autant que cela est possible, le sens et la portée de diverses expressions qui sont fréquemment employées par les jurisconsultes romains à l'occasion des attributions et de l'étendue du pouvoir des diverses classes de magistrats ; expressions sur le sens et la portée desquelles les interprètes ont beaucoup disputé sans pouvoir se mettre d'accord.

§ 28. — Imperium : — Merum. — Mixtum.

I. *Imperium.* — Dans son acception primitive, ce mot désignait par excellence l'autorité du général sur ses soldats ; plus tard, il exprima le droit de vie et de mort qu'une décision du peuple conférait aux fonctionnaires chargés du gouvernement des provinces. Dans ce dernier sens, l'*imperium* ne pouvait

être exercé que dans la province même, et jamais dans l'enceinte de Rome (1): il était en effet considéré comme incompatible avec la liberté et l'inviolabilité assurées aux citoyens dans l'enceinte de la ville, ce domicile sacré de tous les Romains. Cela explique pourquoi, en entrant dans Rome, les licteurs des consuls déposaient les haches de leurs faisceaux; pourquoi aussi les généraux et les proconsuls perdaient leur *imperium* dès qu'ils pénétraient dans la ville (2).

En général, *imperium* désigne, par opposition à *jurisdictio*, le pouvoir administratif et de police, et notamment le droit de coercition et de contrainte que les magistrats peuvent exercer sur les citoyens, soit pour le salut de l'État, soit pour assurer l'exercice de la juridiction. On distingue l'*imperium merum* de l'*imperium mixtum*.

II. *Imperium merum.* — Suivant la définition d'Ulpien, « *merum* est *imperium* habere *gladii potestatem* ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam *potestas* appellatur (3). » — Le mot *merum* ne signifie point que cet imperium soit *nudum*, c'est-à-dire dépourvu de *cognitio* (4); mais bien, et par opposition à imperium *mixtum*,

(1) Festus, V° *Imperium.* — Cicero, *in Rull.*, II, 12. — Ulpian., L. 1 et L. 16, ff., *de Offic. proconsul.*

(2) Aul. Gell., *Noct. att.*, XV, 27. — Plutarch., *Pomp.*, 58. — Tit. Liv., XXIV, 9; XXVI, 9 et 21; XLV, 35 et 36. — Dion. Halic., V, 19. — Dio Cass., XXXIX, 65.

(3) Ulpian., L. 3, ff., *de Jurisdict.*

(4) Ulpian., L. 6, ff., *de Offic. proconsul. et legat.*

qu'il est plein et entier, et qu'il a toute l'énergie et toute l'étendue possibles : « *Vehementissimum* quod « et ad graviores res pertinet, et non honorariam « operam amici, sed *severitatem judicis ac vim* re- « quirit (1). »

Dans la définition d'Ulpien, le *jus gladii* n'est donné que comme exemple, et l'*imperium merum* comprend évidemment toutes les autres manières de sévir contre les criminels.

III. *Imperium mixtum.* — C'est le droit de coercition et de contrainte accordé à tous les magistrats investis de la juridiction, et sans lequel l'exercice de cette juridiction deviendrait impossible et illusoire. « Mixtum est imperium *cui etiam jurisdictio* « *inest* (2); » ou plutôt, comme le remarque Paul sur Papinien, *quod jurisdictioni cohæret* (3); car en attribuant à un magistrat la juridiction, la loi est réputée lui avoir accordé tous les pouvoirs nécessaires pour remplir sa mission (4); et, notamment, le droit de forcer l'exécution des mesures qu'il ordonne pour l'instruction des procès et l'exécution de ses décisions.

Suivant Noodt, cet *imperium* n'est point appelé *mixtum* parce qu'il est uni à la *cognitio*, car la *cognitio* appartenait aussi à l'*imperium merum;* mais

---

(1) Cicero, *pro Cæcina*, 2.

(2) Ulpian., L. 3, ff., *de Jurisdict.*

(3) Papin., L. 1, § 1, ff., *de Offic. ejus cui mand.*

(4) Javolen., L. 2, ff., *de Jurisdict.* — Paul., L. 5, § 1, ff., *de Offic. ejus cui mand.*

parce qu'il est moins énergique, plus doux; qu'il n'est pas destiné à venger la majesté blessée de la république, mais à protéger les intérêts privés : « ... *Lenius* est propterea quod *minus* lædit (1). »

Tous les magistrats ayant juridiction avaient donc *imperium mixtum*, mais à des degrés très-inégaux. Ainsi il appartenait dans toute sa plénitude aux magistrats supérieurs; tandis que les magistrats inférieurs n'en possédaient que ce qui était rigoureusement nécessaire à l'exercice de leur juridiction : cela explique comment certains textes semblent accorder à ces magistrats l'*imperium mixtum* (2), tandis que d'autres le leur refusent formellement (3).

IV. Il importe de remarquer que le pouvoir judiciaire en matière criminelle, ou le *merum imperium* par excellence, n'appartenait point en général aux magistrats supérieurs comme un droit inhérent à leur charge, mais bien seulement comme un pouvoir spécial, délégué soit par le peuple, soit par l'empereur; au contraire, le *mixtum imperium* appartenait aux magistrats supérieurs comme une conséquence et un accessoire nécessaires de leur juridiction.

---

(1) Cicero, *pro Cæcina*, 2.

(2) *Voy.* la note de la page 49. — La loi de la Gaule cisalpine reconnaît formellement aux magistrats municipaux un certain *imperium mixtum*, par exemple, le *duci jubere*.

(3) Paul., L. 26, ff., *ad municipalem*.

§ 29. — Jurisdictio. — Cognitio. — Notio. — Decretum.

I. L'étymologie du mot *jurisdictio* permet de donner à cette expression un sens fort large, qui comprend le pouvoir *législatif* tout aussi bien que le pouvoir *judiciaire* : en effet, *dire le droit*, c'est régler les rapports sociaux des citoyens, soit en *créant* la règle, soit en *appliquant* à ces rapports une règle préexistante. En fait, il est positif que les Romains n'étaient nullement choqués de voir leurs magistrats non-seulement suppléer au silence de la loi, mais modifier fort souvent la loi elle-même par des édits généraux (1) ; et ces édits étaient placés sans difficulté au même rang que les lois proprement dites : « Constant autem jura ex legi« bus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus « principum, *edictis* eorum qui *jus edicendi* ha« bent... (2) *Jus* autem *edicendi* habent magistratus « populi romani ; sed *amplissimum jus* est *in edictis* « duorum prætorum, urbani et peregrini ; quorum « in provinciis *jurisdictionem* præsides earum ha« bent ; item in *edictis* ædilium curulium, quorum « *jurisdictionem* in provinciis populi romani quæs« tores habent ; nam in provincias Cæsaris, quæs« tores omnino non mittuntur, et ob id hoc edic« tum in his provinciis non proponitur (3). »

(1) ... Sive *emendandi*, sive *impugnandi*, sive *confirmandi* veteris juris... Proœm., Instit., *de Bon. poss.*

(2) Gaius, *Comm.* I, § 2. — § 3, Instit., *de Jure nat.*

(3) Gaius, *Comm.* I, § 6. — § 7, Instit., *de Jure nat.*

La juridiction est donc, dans le sens le plus étendu, le pouvoir des magistrats relativement aux différends (*juridiction contentieuse*) ou autres rapports juridiques (*juridiction volontaire*) entre simples particuliers, soit que ce pouvoir se manifeste par des édits généraux, soit qu'il se borne à appliquer aux faits qui lui sont soumis les règles antérieurement établies par les lois.

Dans un sens moins large, juridiction s'entend des actes relatifs au jugement des procès, savoir, le *judicare* ou le *judicari jubere;* aux actes qui ont pour but de reconnaître les droits des parties et non d'en créer de nouveaux. Dans ce sens restreint, le mot *jurisdictio* ne comprend ni les *stipulations prétoriennes*, ni les *missiones in possessionem bonorum*, ni la *nomination des tuteurs*, ni enfin les actes qui rentrent bien plus dans le pouvoir *administratif* que dans le pouvoir *judiciaire* des magistrats; tous actes qui, cependant, sont déclarés appartenir à la *jurisdictio* (*lato sensu*), quand le pouvoir judiciaire *civil* (*jurisdictio*) est mis en opposition avec le pouvoir judiciaire *criminel* (*merum imperium*) (1).

Il faut, en effet, remarquer que le mot *jurisdictio* désigne seulement le pouvoir judiciaire en matière civile; et qu'il n'est que très-rarement employé, et *latissimo sensu*, pour indiquer le droit de juger les causes criminelles que le peuple s'était réservées,

(1) Ulpian., L. 4, ff., *de Jurisdict.*

et dont les magistrats, même les plus élevés, ne pouvaient jamais connaître qu'extraordinairement, c'est-à-dire en vertu d'une délégation spéciale, soit du peuple, soit de l'empereur.

II. *Cognitio.* — C'est l'action, de la part d'un magistrat, de prendre connaissance d'une affaire pour prononcer ensuite. *Cognitio* s'emploie le plus souvent pour exprimer que le magistrat, au lieu de renvoyer à un juge, conformément au droit commun, retient la cause pour y statuer lui-même définitivement (*cognitio extraordinaria.* — *Cognoscere extra ordinem*) : « ... Negantis *cognitiones* rem, « *sed ordinarii juris* esse (1). » (*Voy.* § 34.)

III. *Notio.* — C'est une expression très-élastique qui indique en général le droit ou l'action de prendre connaissance d'une affaire, soit comme *magistrat*, pour prononcer sur le droit, soit comme *juge*, pour examiner les faits et prononcer sentence définitive : « Notionem accipere possumus et *cogni-* « *tionem* et *jurisdictionem* (2). »

IV. *Decretum.* — C'est la décision rendue par le magistrat, dans son tribunal, après avoir pris connaissance de la cause, et qui statue sur le fond sans renvoi à un juge (3). (*Voy.* § 34.)

---

(1) Sueton., *Claud.*, 15 ; Cf. *Tib.*, 28 et 62; et le titre du Dig. *de extraord. cognit.*

(2) Ulpian., L. 99, ff., *de Verb. signif.* — Cf. Brissonnius, V° *Notio.*

(3) Paul., L. 1, ff., *de Offic. adsess.* — Ulpian., L. 9, § 1,

§ 30. — Limites respectives de l'imperium et de la jurisdictio.

Rien n'est plus difficile que d'établir à cet égard des règles qui soient d'accord avec les textes; rien de moins positif et de moins clair que les définitions que les jurisconsultes romains nous ont laissées, soit de l'*imperium merum* ou *mixtum*, soit de la *jurisdictio*.

Tantôt ces expressions sont opposées l'une à l'autre, comme désignant des pouvoirs distincts et même incompatibles; tantôt elles paraissent se confondre, ou du moins ne présentent que des nuances à peu près insaisissables. — Quelquefois la *jurisdictio* paraît considérée comme une branche de l'*imperium* (1), d'autres fois c'est tout le contraire (2). — Il est certaines attributions des magistrats qui, par les uns, sont déclarées n'appartenir ni à la *jurisdictio* ni à l'*imperium* (3), et qui sont comptées, par les autres, parmi les attributs

---

ff., *de Offic. procons.* — Hermogen., L. 7, § 1, ff., *de Confirm. tut.* — Ulpian., L. 3, § 8, ff., *de Bon. poss.;* L. 2, § 2, ff., *Quis ordo.*

(1) «Mixtum est imperium, *cui etiam jurisdictio inest.*» (Ulpian., L. 3, ff., *de Jurisd.*)

(2) «Paulus notat : imperium quod *jurisdictioni cohæret*, «mandata jurisdictione, transire, verius est.» (Papin., L. 1, § 1, ff., *de Off. ejus cui mand.*)

(3) «Tutoris datio neque imperii est, *neque jurisdictionis*; «sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel lex, vel «senatusconsultum, vel princeps.» (Ulpian., L. 6, § 2, ff., *de Tutel.*)

de la juridiction (1). — D'autres attributions, et notamment la *missio in bonorum possessionem*, sont regardées comme dérivant tantôt de la *jurisdictio* (2), tantôt de l'*imperium* (3). — Enfin, le droit de punir (*jus gladii*, *merum imperium*) est quelquefois confondu avec la juridiction (4), bien que, le plus souvent, il soit considéré comme un pouvoir tout à fait distinct (5).

Est-il possible, est-il surtout utile de concilier ces textes contradictoires? Je ne le pense pas. Chacun des mots *imperium* et *jurisdictio* avait, dans le langage des jurisconsultes, un sens restreint et un sens large, un sens absolu et un autre sens relatif; de sorte que telle attribution qui, dans le sens large du mot *jurisdictio*, et par opposition à *merum imperium*, était déclarée faire partie de la juridiction, était au contraire placée dans l'*imperium mixtum*, quand on prenait le mot *jurisdictio* dans le sens

---

(1) «*Jus dicentis officium* latissimum est, nam... et pupil«lis non habentibus *tutores constituere potest.*» (Ulpian., L. 1, ff., *de Jurisd.*)

(2) «*Jus dicentis officium* latissimum est, nam... et bono«rum possessionem dare potest et in *possessionem mit«tere...*» (Ulpian., L. 1, ff., *de Jurisd.*)

(3) ....«*In possessionem mittere imperii* magis est quam «jurisdictionis.» (Ulpian., L. 4, ff., *de Jurisd.*)

(4) ....«Errare magistratus qui cum *publici judicii* habent «exercitionem, *jurisdictionem* suam mandant.» (Papin., L. 1, ff., *de Offic. ejus cui mand.*)

(5) Paul., L. 5, § 1, ff., *de Offic. ejus cui mand.* — Papinian., L. 1, § 1, ff., *eod.*

strict où il ne comprend que le *judicare*, *judicarive jubere*. C'est ainsi, comme nous l'avons déjà dit dans le § précédent, que les envois en possession, et les stipulations prétoriennes, sont attribués dans quelques passages à la juridiction, tandis que dans un autre texte on dit que ces actes sont *magis imperii quam jurisdictionis*.

Au surplus, il n'est pas étonnant que dans un pays où les divers pouvoirs sociaux furent si longtemps mêlés et confondus dans les mêmes mains, on n'eût pas attaché beaucoup d'importance à distinguer la source et la nature propres de chacun d'eux.

Cela est évident pour tout le temps antérieur à la création de la préture urbaine, époque où les rois, puis les consuls, exerçaient dans toutes ses parties la puissance publique. Cela est encore vrai même depuis l'établissement de la préture; car, bien que, par le fait de cet établissement, la juridiction eût été séparée de l'*imperium;* cependant, comme l'*imperium mixtum* appartenait sans contestation aux préteurs; et que, d'un autre côté, la juridiction criminelle (*imperium merum*) étant réservée au peuple, on ne pouvait avoir même la pensée de diviser les actes selon qu'ils étaient de l'*imperium mixtum* ou de la *jurisdictio*, puisque, pour les uns et pour les autres, les préteurs avaient un pouvoir également incontesté.

La distinction si confuse entre la *jurisdictio* et l'*imperium mixtum* ne commença donc à présenter de l'intérêt qu'à l'époque où il devint nécessaire

de régler les attributions des magistrats municipaux et des autres magistrats inférieurs. En effet, comme en attribuant à ces magistrats une juridiction limitée, on ne jugea pas à propos de leur attribuer l'*imperium mixtum*, il devint nécessaire de rechercher quels actes appartenaient à l'un ou à l'autre de ces pouvoirs. Ainsi la distinction ne présente jamais d'intérêt pour les magistrats supérieurs; elle n'est de quelque importance que pour les magistrats inférieurs; et encore cette importance est-elle assez minime, soit parce que leur compétence avait été réglée d'une manière explicite; soit parce que, nonobstant les textes qui leur refusent absolument l'*imperium*, il est positif que, sous la république, les magistrats municipaux avaient une très-notable partie de l'*imperium mixtum*, et que, même sous l'empire, ils en avaient encore la portion qui était indispensable à l'exercice de la juridiction.

En résumant ce qui précède, on voit combien la difficulté se circonscrit et s'atténue : 1° il n'y a jamais à rechercher si un magistrat a ou non l'*imperium merum;* car aucun magistrat, soit supérieur, soit inférieur, ne peut avoir cet *imperium* que par délégation spéciale. — 2° A l'égard des magistrats supérieurs, il n'y a jamais non plus à distinguer quels actes sont de l'*imperium mixtum*, quels autres sont de la juridiction, puisque le magistrat supérieur est incontestablement compétent pour les uns et pour les autres. — 3° Enfin, quant aux ma-

gistrats inférieurs, ils ont en général la juridiction, mais non l'*imperium mixtum*, sauf ce que nous avons dit plus haut.

§ 31. — Attributs de la juridiction.

Les diverses attributions comprises dans la juridiction sont résumées par ces trois mots, *dare*, *dicere*, *addicere* : « Vocantur dies nefasti per quos « dies nefas fari prætorem DO, DICO, ADDICO; itaque « non potest agi; necesse est aliquo eorum uti verbo « cum lege quid agitur (1). » De là ce vers d'Ovide :

Ille nefastus erit per quem *tria verba* silentur (2).

I. DARE : donner un juge (3), une action (4), un tuteur (5), la possession de biens (6).

II. DICERE : *jus dicere*, dire le droit, soit en promulguant des édits généraux, soit en décidant les questions de droit que soulèvent les procès; rendre des interdits (7).

III. ADDICERE : déclarer quelqu'un propriétaire d'une chose (8). — On trouve aussi les expressions

(1) Varro, *Ling. lat.*, V.

(2) Ovid., *Fast.*, vers. 47. — Cf. Macrob., *Saturn.*, I, 16.

(3) Ulpian., L. 3, ff., *de Jurisd.*

(4) Cicero, *pro Flacco*, 35; *in Verr.*, II, 2, 12.

(5) Prœm., § 1 et 3, Instit. *de Attil. tutore.*

(6) § 1, Instit., *de Bonor. possess.*

(7) § 1, *in fin.*, Instit., *de Interd.* — Gaius, *Comm.* IV, § 138 et seq.

(8) Gaius, *Comm.* I, 134; II, 24; III, 79, 180. — Ulpian.,

addicere judicem, *addicere judicium* pour *dare judicem*, *dare judicium* (1).

Au surplus, cette division tripartite, qui ne repose pas sur l'examen du fond des choses, mais sur de simples accidents de langage, ne nous paraît qu'un jeu de mots assez puéril.

La juridiction se divise en plusieurs espèces, d'après les différents points de vue sous lesquels on peut la considérer. On distingue ainsi la juridiction suivant qu'elle est : 1° *volontaire* ou *contentieuse*; — 2° *pleine*, *illimitée*, *complète* (plenior), ou au contraire, *restreinte*, *limitée*, *incomplète* (minus plena); — 3° *ordinaire* ou *extraordinaire*; — 4° *propre* ou *déléguée*; — 5° *propre* ou *prorogée*. Nous allons expliquer successivement chacune de ces divisions, dans les paragraphes suivants.

§ 32 — *Première division :* Juridiction volontaire. — Juridiction contentieuse.

I. On dit que le magistrat exerce la juridiction *volontaire* quand il intervient dans les rapports des citoyens, non pour mettre fin à un différend proprement dit, mais uniquement pour donner aux actes que les parties veulent faire une solennité sans laquelle ces actes n'auraient aucune valeur

---

Regul. lib., XIX, 9 et 10. — Cicero, *in Verr.*, II, 1, 52. — Tit. Liv., III, 56. — Cf. Paul., L. 8, § 8; Julian., L. 7, § 6, ff., *pro emt.* — Ulpian., L. 15, § 6, ff., *de Re jud.*

(1) Papinian., L. 39, Paul., L. 46, ff., *de Judic.* — Varro, *Ling. latin.*, V, 7.

légale, ou n'auraient qu'une valeur légale moindre.

Le mot *volontaire* ne signifie pas que le magistrat est libre d'accorder ou de refuser son concours; mais bien qu'il exerce son autorité *inter volentes*, c'est-à-dire entre personnes qui viennent spontanément réclamer son intervention. Dans la juridiction volontaire, le magistrat n'a point à donner gain de cause à l'un en condamnant l'autre, car il ne statue pas sur une contestation, du moins sur une contestation sérieuse; il sanctionne, il ratifie, il consacre; il ne tranche, il ne décide rien.

L'affranchissement des esclaves, l'émancipation, l'adoption, la *cessio in jure*, la *missio in possessionem bonorum*, la nomination des tuteurs et curateurs, et, dans le nouveau droit, l'insinuation des donations, sont des actes de juridiction volontaire.

Ces actes se subdivisaient en deux classes. Les uns étaient *solennels* et devaient avoir lieu dans la forme des *legis actiones;* ils ne pouvaient, par conséquent, être accomplis que devant les magistrats supérieurs: tels étaient l'affranchissement, l'adoption, l'émancipation et la *cessio in jure.* — Les autres étaient *non solennels*, ils pouvaient en général appartenir même aux magistrats inférieurs, ou du moins, quand il en était autrement, cela tenait à d'autres considérations qu'à la *forme* de l'acte lui-même.

II. La juridiction *contentieuse* est d'une toute autre nature. Elle s'exerce *inter nolentes, inter contendentes*, c'est-à-dire entre gens qui ne sont pas d'accord. Son but est de mettre fin aux contesta-

tions, aux différends qui divisent deux particuliers.

Il n'y a pas à donner des exemples de juridiction contentieuse, puisque cette juridiction embrasse dans sa généralité tous les débats, tous les procès civils, quelle que soit leur nature ou leur importance.

III. Outre les différences qui viennent d'être signalées, et qui tiennent au fond même des choses, il y avait encore entre l'une et l'autre juridiction quelques autres dissemblances qui sont plutôt accidentelles qu'essentielles.

Ainsi, pour les actes de juridiction contentieuse, le magistrat ne pouvait exercer son autorité ni sur lui-même, ni sur ceux qu'il avait sous sa puissance ou à la puissance desquels il était soumis, ni, en général, sur les personnes qui avaient avec le magistrat des relations telles que l'impartialité de celui-ci se serait trouvée en péril : « Qui jurisdic« tioni præest neque *sibi* jus dicere debet, neque « *uxori*, neque *liberis*, neque *libertis*, vel cæteris « quos secum habet (1). » — Il en est autrement pour les actes de juridiction volontaire : « Magistratum, « apud quem legis actio est, et emancipare *filios* « *suos*, et in adoptionem dare, *apud se*, posse et « Neratii sententia est (2). — Præses, *apud se*, adop« tare potest : quemadmodum et emancipare filium

(1) Ulpian., L. 10, ff., *de Jurisd.*
(2) Modestin., L. 4, ff., *de Adopt.*

« et manumittere servum potest (1). — Filius quo-« que, voluntate patris, apud patrem manumittere « poterit (2). — Apud prætorem, eumdemque tu-« torem, posse pupillum *ipso* auctore manumittere « constat (3). — Apud filiumfamilias prætorem po-« test pater ejus manumittere (4). — Sed etiam ip-« sum apud se emancipari, vel in adoptionem dari « placet (5). »

Autre différence. Le magistrat ne pouvait faire des actes de juridiction contentieuse que dans la circonscription de son territoire, et dans le local à ce destiné. Au contraire, il pouvait exercer la juridiction volontaire hors de son territoire, et dans un local quelconque : la juridiction volontaire semble donc inhérente à la personne du magistrat, comme sa dignité même; elle l'accompagne partout.

Au reste, l'une et l'autre juridiction a pour bornes naturelles la durée des fonctions du magistrat (6).

§ 33. — *Deuxième division :* Jurisdictio plenior. — Jurisdictio minus plena.

Cette division se réfère à la distinction déjà si-

(1) Ulpian, L. 2, ff., *de Offic. præsid.*
(2) Paul., L. 18, § 2, ff., *de Manum. vind.*
(3) Pompon., L. 1, ff., *eod.*
(4) Ulpian., L. 1, ff., *de Offic. præt.*
(5) Paul., L. 2, ff., *eod.*
(6) Ulpian., L. 13, ff. *de Jurisd.*

gnalée entre les magistrats supérieurs (tels que le préteur et le gouverneur de province) et les magistrats inférieurs, notamment les magistrats municipaux.

I. La *jurisdictio plenior* appartient aux magistrats supérieurs. Elle comprend non-seulement les actes qui appartiennent à la juridiction proprement dite, mais encore tous ceux qui constituent l'*imperium mixtum*. (*Voy.* § 30.) Bornée seulement sous le rapport du territoire pour lequel chaque magistrat a été institué, elle est illimitée sous le double rapport de la *nature* et de l'*importance* des procès.

II. La *jurisdictio minus plena* est dévolue aux magistrats municipaux. Elle ne comprend point, en général, les actes qui sont *magis imperii quam jurisdictionis* (1). Elle est bornée non-seulement quant au *territoire*, mais aussi quant à la *nature* et à l'*importance* des causes.

L'importance de la cause ne se détermine point par le chiffre de la condamnation, ni par celui de la dette; mais uniquement par la valeur de la *demande* (2).

Quand la demande comprend plusieurs chefs distincts, dont chacun aurait pu faire l'objet d'une instance séparée; si chacun de ces chefs rentre dans les limites de la compétence du magistrat, tandis que le total dépasse ces mêmes limites, Sabinus et Cassius, dont l'opinion est confirmée par

(1) Paul., L. 26, ff., *ad Municipal.*
(2) Ulpian., L. 19, § 1, ff., *de Jurisd.*

un rescript d'Antonin, décident que le magistrat est néanmoins compétent.

Si une même demande est commune à plusieurs parties (*Communi dividundo. Familiæ erciscundæ. Finium regundorum*), et que la valeur réclamée par chacune d'elles soit comprise dans la compétence du magistrat, tandis que la valeur totale excède cette compétence; Ofilius et Proculus pensaient que le magistrat pouvait statuer sur le tout. Cassius et Pegasus soutenaient, au contraire, qu'il fallait avoir égard, non à chaque prétention particulière, mais à l'affaire entière, parce que, disaient-ils, il peut arriver que la totalité de la chose en litige soit adjugée à une seule des parties (1).

§ 34. — *Troisième division :* Juridiction ordinaire. — Juridiction extraordinaire.

Cette division tient à la forme de la procédure.

I. Le plus souvent, le magistrat ne vérifiait pas lui-même les allégations des plaideurs; il se bornait à préciser exactement le point en litige, et à déterminer les principes d'après lesquels la cause serait jugée; puis il renvoyait les parties devant un juge de leur choix : c'est la juridiction *ordinaire.* (*Voy.* § 15, 23, 24 et 25.)

II. Quelquefois, au contraire, le magistrat retenait l'affaire à son tribunal, et statuait lui-même sur le fond du litige : c'est la juridiction *extraordi-*

(1) Gaius, L. 11, ff., *de Jurisd.*

naire. Cette manière exceptionnelle de procéder paraît avoir été employée dès les temps les plus anciens. Sous l'empire, l'usage en devint de plus en plus fréquent, jusqu'à ce qu'enfin Dioclétien convertit l'exception en règle générale. (*Voy.* § 16, 94, et le chapitre III, du livre II.)

Au reste, la juridiction extraordinaire n'emporte point l'idée d'une connaissance sommaire. Le *summatim cognoscere* n'accompagne pas toujours la *cognitio extraordinaria*; et, réciproquement, il se rencontre quelquefois même dans la procédure ordinaire.

III. Il serait intéressant de savoir dans quels cas on procédait en la forme *ordinaire*, dans quels cas, au contraire, on suivait la forme *extraordinaire*. Mais la solution de ce problème paraît impossible en l'état des documents que nous possédons. Très-probablement, d'ailleurs, en supposant qu'il ait jamais existé une règle fixe sur ce sujet, cette règle a dû varier selon les temps; et, ce qui peut être vrai pour une époque peut se trouver faux pour une autre: aussi les interprètes sont-ils fort divisés sur cette question.

Suivant les uns, le préteur jouissait, à cet égard, d'une liberté illimitée; il pouvait, selon son bon plaisir, retenir la cause ou la renvoyer à un juge. Pour le dire en passant, cet arbitraire illimité est peu vraisemblable, quand on se rappelle ce passage de Cicéron: « Neminem voluerunt majores nostri « non modo de existimatione cujusquam, sed ne

« pecuniariâ quidem de re minimâ esse judicem, « nisi qui inter adversarios convenisset (1). »

D'autres font une part moins large à l'arbitraire des magistrats; ils croient que, pour certains procès, le renvoi au juge était nécessaire; que, pour certains autres, au contraire, c'était la juridiction extraordinaire qui était de droit; qu'enfin, c'était seulement pour les causes qui ne rentraient ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux premières catégories, que le préteur avait le choix de juger lui-même ou de renvoyer à un juge.

Noodt improuve également ces deux opinions. Il prétend que la loi *Cornelia*, en établissant la perpétuité des édits prétoriens, limita aussi le pouvoir du magistrat, relativement au mode d'exercice de la juridiction: il invoque, à l'appui de son opinion, Cicéron et Asconius Pedianus, qui voient, dans la loi Cornelia, un frein mis aux variations judiciaires des préteurs, et qui s'indignent que la juridiction pût dépendre du caprice d'un magistrat (2).

Quoi qu'il en soit de ces opinions diverses, il est incontestable qu'au moins pour certaines causes, la juridiction était réglée d'une manière constante. Ainsi, il est positif que, pour les fidéicommis, les *restitutiones in integrum*, les actes d'exécution des

(1) Cicero, *pro Cluentio*, 43.

(2) Cicero, *Epist. ad Quint. frat.*, I, 2. — Cf. Senec., *de Benefic.*, III, 7. — Cicero, *de Oratore*, I, 38; *Topic.*, 17.

jugements, et pour tous les actes de la juridiction volontaire, il n'y avait pas lieu à renvoi devant un juge (1); et que ce renvoi était, au contraire, la règle quand il s'agissait de questions d'État (2).

§ 35. — *Quatrième division :* Juridiction propre. — Juridiction déléguée.

Il a été déjà question, au § 26, de la faculté qu'avaient les magistrats romains de déléguer tout ou partie de leur juridiction.

I. Cette faculté singulière est fort ancienne, puisqu'elle paraît remonter à l'époque des rois (3); elle ne reposait pas sur une loi positive, mais seulement sur la coutume : *More majorum comprobatum est*, dit Julien (4). — L'introduction de cet usage peut se justifier de plusieurs manières. D'abord, les magistrats étant très-peu nombreux (*voy.* § 25), le cours de la justice aurait été bien souvent interrompu, s'ils n'avaient eu le droit de se faire suppléer. D'un autre côté, dans une législation où le droit de récusation était à peu près nul, et où les causes d'incapacité des magistrats étaient fort rares, la délégation offrait à ceux-ci un moyen de

(1) *Voy.* au Digeste le titre *de Extraord. cognit.*

(2) Sueton., *Vespas.*, 3. — Cicero, *in Verr. divinat.*, 17.

(3) Tacit., *Annal.*, VI, 11. — Tit. Liv., I, 41. — Cf. Tit. Liv., XXIV, 44. — Capitol., *Marc.*, 12. — Cicero, *in Verr., de Divin.*, 17. — Sueton., *Cæsar*, 7. — Cicero, *Epist.*, II, 15.

(4) Julian., L. 5, ff., *de Jurisd.* — Papin., L. 1, § 1, ff., *de Offic. ejus cui mand.*

s'abstenir dans les procès dont leur délicatesse leur faisait un devoir de ne pas connaître (1).

II. Le magistrat pouvait déléguer sa juridiction en tout (2) ou en partie (3): par exemple, dans l'action *damni infecti*, le préteur ne déléguait aux magistrats municipaux que le droit d'exiger caution et celui d'envoyer en possession; mais il se réservait de statuer sur tous les autres points relatifs à la même matière (4). — Le magistrat pouvait, au reste, déléguer sa juridiction, soit pour une seule affaire, soit, d'une manière générale, pour un nombre indéterminé d'affaires (5).

La délégation ne comprend que les pouvoirs qui sont conférés au magistrat comme une conséquence de la nature même de sa charge. Quant aux attributions qui ne lui appartiennent pas d'après l'ancien droit civil, mais dont il a été investi, d'une manière spéciale, par une loi, un sénatus-consulte ou une constitution impériale; elles ne peuvent, en général, être déléguées, si ce n'est pour le cas d'absence: il en était ainsi notamment pour l'application de la loi Julia *de Adulteriis*, pour le droit de nommer des tuteurs et pour celui de prononcer sur les transactions pour cause d'aliments (6).

---

(1) Ulpian., L. 10 et L. 17, ff., *de Jurisd.*
(2) Tit. Liv., XXIV, 44.
(3) Cicero, *Epist. ad Quintum frat.*, I, 1.
(4) Ulpian., L. 1; L. 4, § 3, ff., *Damni infect.*
(5) Ulpian., L. 16 et L. 17, ff., *de Jurisd.*
(6) Papin., L. 1, ff., *de Offic. ejus cui mand.* — Ulpian.,

Ce qui tient à la juridiction criminelle est essentiellement intransmissible même aux lieutenants des proconsuls : « Nemo potest gladii potestatem « sibi datam, vel cujusve alterius coercitionis ad « alium transferre (1). » Cependant ce texte ne doit pas être pris trop à la lettre; car il faut qu'à la juridiction soit nécessairement attaché un certain pouvoir de contrainte, sans lequel le droit de juger ne pourrait être exercé; aussi Paul nous dit-il : « Imperium quod jurisdictioni cohæret, mandata « jurisdictione, transire verius est, *quia jurisdictio « sine modica coercitione nulla est* (2). » Le délégataire avait donc l'*imperium mixtum*, alors même qu'il eût été d'ailleurs un simple particulier; et, sous ce rapport, bien que dépourvu de toute autorité qui lui fût propre, il avait plus de droit que les magistrats municipaux (3).

La délégation ne comprenait jamais non plus les actes de juridiction volontaire qui devaient avoir lieu dans la forme des *legis actiones*, tels que les affranchissements d'esclaves, les adoptions, etc. (4).

L. 8, ff., *de Tutorib. dat.* — L. 8, pr., et § 18, ff., *de Transact.* — L. 2, § 1, ff., *de Offic. ejus cui mand.*

(1) Ulpian., L. 70, ff., *de Regulis juris.* — Venul., L. 11, ff., *de Offic. proconsul.*

(2) Papin., L. 1, § 1, ff., *de Offic. ejus cui mand.* — Paul., L. 5, § 1, *eod.* — Javolen., L. 2, ff., *de Jurisd.* — Macer, L. 4, § 1, *de Offic. ejus cui mand.*

(3) Paul, L. 5, § 1. — Julian., L. 3, ff., *de Offic. ejus cui mand.* — *Voy.* ci-dessus, § 28 et 30.

(4) Marcian., L. 2, § 1, ff, *de Offic. proconsul.* — Ulpian., L. 3, ff., *eod.*

III. Le magistrat pouvait déléguer, soit à un autre magistrat, soit même à de simples particuliers; mais la délégation ne produisait pas des effets aussi complets dans le second cas que dans le premier. — Ainsi, en général, le proconsul, maître de déléguer ou non sa juridiction, était maître aussi de révoquer quand bon lui semblait cette délégation. Toutefois, s'il a toujours la faculté de révoquer le mandat qu'il a donné à un particulier, il ne peut rétracter celui qu'il a donné à son légat, sans en prévenir le prince (1). — Remarquons en outre que le légat avait, indépendamment de toute délégation, certains pouvoirs qui lui étaient propres, et notamment celui de nommer des tuteurs (2).

Dans tous les cas, que le délégataire fût un magistrat ou un simple particulier, il était toujours réputé n'exercer qu'une juridiction d'emprunt (3).

(1) Ulpian., L. 6, § 1, ff., *de Offic. proconsul.*

(2) Licin., L. 15, ff., *de Offic. proconsul.*

(3) Pompon., L. 13, ff., *de Offic. proconsul.*

Ce que nous venons de dire des légats ne s'applique point aux *vicaires* du préfet de la ville et du prétoire : ceux-ci tiennent directement du prince une juridiction qui leur est propre. Les *vice agentes*, au contraire, tout en remplissant les charges de la préfecture de la ville et du prétoire, n'exercent qu'une juridiction d'emprunt en vertu d'un mandat du magistrat : ils rentrent donc dans les simples délégataires de juridiction. — Cela résulte du passage suivant de Cledonius. : « Sæpe quæsitum est, utrum vicarius dici debeat « etiam is, cui magnificentissimi præfecti vices suas in spe« ciali causâ mandaverunt. Nequaquam. Nam vicarius di« citur is, qui ordine codicillorum vices agit amplissimæ

En conséquence, il ne pouvait déléguer à un autre la juridiction que lui-même ne possédait qu'en vertu d'un mandat (1).

IV. Au reste, il est bien évident que le délégataire ne pouvait avoir un pouvoir plus étendu que celui du magistrat qui le lui avait délégué; sauf, bien entendu, le cas où un rescrit du prince aurait conféré à ce délégataire un pouvoir spécial.

Ainsi encore, comme le proconsul n'avait l'exercice de son autorité qu'après être arrivé dans sa province; c'est seulement aussi de cette époque que commençait à avoir effet la délégation qu'il pouvait avoir faite auparavant à l'un de ses légats (2).

V. Le délégataire exerçait la juridiction avec les mêmes formes et de la même manière que le magistrat dont il avait reçu la délégation : autrement l'*ordo judiciorum* se fut trouvé interverti (3).

Par suite du même principe, l'appel contre les décisions rendues par le délégataire se portait, non devant le magistrat qui avait délégué, mais devant celui qui eût dû connaître de cet appel si le magistrat, au lieu de déléguer, eût connu lui-même (4). (*Voy.* cependant § 53 et 69.)

«præfecturæ. Ille vero cui vices mandantur propter absen-«tiam præfectorum, non vicarius, sed vices agens, nec «præfecturæ, sed præfectorum, dicitur tantùm.»

(1) Paul., L. 5, pr., ff., *de Offic. ejus cui mand.*

(2) Ulpian., L. 4, § 6; Papin., L. 5, ff., *de Offic. proconsul.*

(3) Ulpian., L. 2, *de Offic. ejus cui mand.*

(4) Ulpian., L. 1; Venul., L. 2, ff., *Quis et a quo appell.*

§ 36. — *Cinquième division :* Juridiction propre. — Juridiction prorogée.

Prorogation se dit, en général, de toute extension donnée à la juridiction d'un magistrat, et qui rend ce magistrat compétent pour connaître d'une affaire qui, d'après le droit commun, serait hors de ses attributions.

I. La prorogation proprement dite a lieu toutes les fois qu'un particulier consent à se soumettre à un magistrat, qui, sans ce consentement, n'aurait pas été compétent. Au reste, les particuliers ne peuvent ainsi conférer pouvoir sur eux-mêmes, qu'à des personnes déjà revêtues d'un caractère public: « *Privatorum consensus judicem non facit eum qui nullo præest judicio; nec quod is statuit, rei judicatæ continet auctoritatem* (1). » Mais quel que soit le magistrat, quelle que soit sa juridiction, fût-il un simple magistrat municipal, et la cause à juger fût-elle *causa major*, le consentement des parties suffit, d'après la loi Julia, pour que la prorogation ait lieu (2).

Le consentement des parties n'est assujetti à aucune forme spéciale: il peut être exprès ou tacite; et, pourvu qu'il soit exempt de violence ou d'erreur (3), il suffit toujours pour lier celui qui a

(1) Diocl. et Max., L. 3, C., *de Jurisd.*

(2) Ulpian., L. 2, ff., *de Judic.* — L. 15, ff., *de Jurisd.* — Afric., L. 18, ff., *de Judic.*

(3) Seneca maj., *Controv.*, IV, 26.

ainsi accepté une juridiction qu'il aurait pu décliner : « *Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet* (1). »

La prorogation peut avoir lieu, non-seulement pour la compétence fondée sur l'*importance* de la demande, mais encore pour celle qui est déterminée par le *territoire* : ainsi, celui qui n'aurait pu être contraint à plaider dans une certaine localité doit y subir l'instance dès qu'il s'y est une fois soumis (2).

Suivant Ulpien, il n'est pas même nécessaire que le magistrat soit prévenu de la prorogation et qu'il y consente (3).

Nous avons dit que l'on pouvait proroger la juridiction d'un magistrat, quelle que fût d'ailleurs l'étendue de sa compétence; toutefois, cela doit s'entendre seulement des cas où le magistrat dont on proroge les pouvoirs aurait au moins une juridiction *analogue* à celle du magistrat à qui régulièrement revenait la connaissance de la cause. Ainsi, par exemple, le procureur impérial, qui juge les causes du *fisc*, pouvait, par une prorogation de juridiction, connaître de causes analogues *entre particuliers* (4); mais la juridiction du magistrat spécialement chargé de la poursuite des

(1) Marcell., L. 30, ff., *de Judic.*
(2) Paul., L. 22, ff., *de Judic.*
(3) Ulpian., L. 2, § 1, ff., *de Judic.*
(4) Anton., L. 1, C., *de Jurisdic. omn. jud.*

vols n'aurait pu être prorogée à des procès *de re pecuniaria* (1).

Un magistrat en fonctions n'est point en général soumis à la juridiction d'un autre magistrat égal ou inférieur; mais rien ne s'oppose à ce qu'il s'y soumette volontairement (2). — Il en était toutefois autrement pour les actes de la juridiction volontaire : ainsi un préteur ne pouvait affranchir un esclave auprès d'un autre préteur son égal, mais il le pouvait auprès d'un consul (3).

II. Il y a une autre espèce de prorogation qui résulte de la loi elle-même, et qui, par conséquent, n'est qu'une prorogation improprement dite, puisque le pouvoir attribué par la loi ne peut être considéré comme une extension exceptionnelle. Cela arrive dans plusieurs circonstances, et notamment pour les demandes reconventionnelles : « Si mutuæ sint actiones et alter minorem quan-« titatem, alter majorem petat, apud eumdem ju-« dicem agendum est ei qui quantitatem minorem « petit, ne in potestate calumniosa adversarii mei « sit an apud eumdem litigare possim (4). »

---

(1) Ulpian., L. 61, § 1, ff., *de Judic.*

(2) Ulpian., L. 14, ff., *de Jurisdict.;* L. 13, § 4, ff., *ad Senatusc. Trebell.*

(3) Paul., L. 14, ff., *de Manumiss.;* L. 18, § 1, ff., *de Manum. vindict.*

(4) Gaius, L. 11, § 1, ff., *de Jurisdict.*

CHAPITRE DEUXIÈME.

ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS.

---

§ 37. — Des principales époques à considérer relativement à l'organisation des tribunaux civils.

On a signalé, dans le chapitre précédent, les caractères généraux du pouvoir judiciaire; il faut maintenant entrer dans quelques développements sur les fonctionnaires auxquels était confié, dans les diverses parties de l'empire, l'exercice de la juridiction.

L'organisation judiciaire des Romains se présente sous deux formes très-distinctes.

Dans la première, qui s'étend depuis les plus anciens temps jusqu'à Dioclétien, cette organisation repose sur la division du pouvoir judiciaire entre le MAGISTRAT PUBLIC *qui jus dicit*, et le JUGE PRIVÉ ou JURÉ *qui judicat.*

Dans la seconde, qui comprend les temps postérieurs à Dioclétien, l'organisation judiciaire se rapproche de celle qui est en vigueur chez nous : les citoyens ne sont plus appelés à participer à l'administration de la justice; la juridiction (*jurisdictio*) et le pouvoir de juger (*officium judicis*) ne sont plus séparés; ils sont confiés l'un et l'autre à des magistrats revêtus d'un caractère public.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

Tribunaux civils depuis la fondation de Rome jusqu'à Dioclétien.

SECTION Ire.

Magistrats chargés de la juridiction.

§ 38. — Classement des magistrats d'après les temps et les lieux.

Les magistrats auxquels, pendant cette longue période, fut confié l'exercice de la juridiction, n'étaient pas les mêmes à Rome, dans l'Italie, dans les provinces. D'un autre côté, les magistratures subirent nécessairement le contre-coup des changements successivement apportés dans la constitution politique de l'Etat. Ainsi donc, pour étudier méthodiquement la nature et l'importance des magistratures, il faut avoir égard et aux temps et aux lieux.

Sous le rapport du *temps*, il faut naturellement distinguer la royauté, la république, l'empire.

Sous le rapport des *lieux*, il ne faut pas confondre Rome, le centre de l'empire et de la souveraineté, soit avec l'Italie, soit avec les provinces.

I. GOUVERNEMENT ROYAL.

§ 39. — **Constitution politique et sociale ; caractères de la jurisprudence sous les rois.**

L'histoire des premiers siècles de Rome est fort incertaine. Les historiens qui, dans la suite, cherchèrent à en tracer le tableau, n'eurent guère pour documents que des traditions populaires dans lesquelles les fables les plus invraisemblables se trouvent constamment mêlées aux faits réels (1). Voici cependant, en ce qui touche le droit, quelques traits principaux dont la certitude ne paraît pas contestable.

La forme du gouvernement était essentiellement aristocratique : le roi n'était qu'un président à vie élu par les patriciens. La nation était divisée en deux classes distinctes : aux patriciens appartenaient exclusivement les droits politiques, l'exercice du sacerdoce et des magistratures civiles ; les plébéiens jouissaient seulement des droits civils ;

(1) Les Romains eux-mêmes ne connaissaient que très-imparfaitement les commencements de leur histoire, ainsi que l'avouent Tite-Live (*Præf.*, et VI, 1), Florus (*Initio*), et Cicéron (*de Republ.*, II, 2).—Chez les modernes, Vico, Beaufort, Niebuhr, Michelet, dans leurs laborieuses et savantes investigations, se sont efforcés à l'envi de renverser les traditions transmises par Tite-Live et Denis d'Halicarnasse ; mais on disputera longtemps sur le mérite de l'édifice que chacun d'eux a prétendu élever sur les ruines des anciennes croyances.

ils composaient une nation inférieure, une nation à part : les races ne se mêlaient pas ; la loi, d'accord avec l'orgueil patricien, défendait le mariage entre patriciens et plébéiens.

Nonobstant quelques témoignages contraires, il paraît certain que, jusqu'à la loi des XII Tables, il n'y eut que peu ou point de lois écrites, mais seulement un droit *coutumier* qui, chaque jour, allait se modifiant selon le besoin et les circonstances : « *Initio civitatis nostræ*, dit Pomponius, *populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit, omniaque manu a regibus gubernabantur* (1). »

§ 40. — Rois. Tribuns. Préfet de la ville.

Le roi était le chef de la religion, le premier magistrat et le général de la cité (2).

Comme magistrat, il était chargé de maintenir et de faire exécuter les lois. — Dans le principe, il jugeait lui-même, et sans appel; mais, dans la suite, on put appeler de sa sentence devant l'assemblée du peuple, au moins dans les affaires criminelles (3). — On ignore complétement quels étaient les magistrats subordonnés aux rois qui prenaient part au gouvernement, et notamment à

(1) Pompon., L. 2, § 1, ff., *de Orig. jur.*

(2) Pompon., L. 2, § 14, ff., *de Orig. jur.*

(3) Tit. Liv., I, 26. — Senec., ep. 108, 31. — Cicero, *de Rep.*, II, 31.

l'administration de la justice (1). — Il est bien fait mention de TRIBUNI CELERUM (2) et d'un PRÆFECTUS URBI (3); mais la première de ces fonctions était purement militaire; la seconde ne nous est connue que par le passage de Tacite, qui n'entre dans aucun détail.

II. GOUVERNEMENT RÉPUBLICAIN.

§ 41. — Constitution politique et sociale; caractères et progrès de la jurisprudence sous la république.

La république nous présente deux phases bien distinctes. La première est l'époque des grandes vertus civiques et privées, des grands travaux par lesquels le peuple romain s'assure l'empire du monde. Dans la seconde, la richesse et le luxe, fruits de la victoire, commencent à corrompre les mœurs; enfin, les guerres civiles et les proscriptions préparent la chute de la république et le rétablissement du pouvoir monarchique.

Il faut distinguer l'histoire politique de l'histoire juridique.

I. *Histoire politique.* — L'histoire politique de cette période nous signale deux faits principaux.

---

(1) Pompon., L. 2, § 1, ff., *de Orig. jur.* — Conf. Tacit., *Ann.*, I, 26. — Cicero, *de Rep.*, II, 9; V, 2.

(2) Pompon., d. L. 2, § 15.

(3) Tacit., *Ann.*, VI, 11.

1° A l'extérieur, le peuple romain achève de soumettre l'Italie, et marche à la conquête de l'univers. La Sicile, l'Espagne, l'Afrique, l'Asie, les Gaules, tombent au pouvoir des Romains; mais les résultats de la conquête sont bien différents en Italie que dans les pays conquis hors de la péninsule. — L'Italie vaincue ne tarda pas à se confondre avec les vainqueurs; elle fut agrégée à la cité conquérante, et partagea avec elle la souveraineté. Cependant, malgré cette agrégation, les petites républiques italiennes conservèrent une administration locale indépendante, origine du système municipal. — Les provinces, ou pays conquis hors d'Italie, ne furent pas, à beaucoup près, aussi bien traitées: elles perdirent, en général, leur droit public et civil, et subirent la loi imposée par le vainqueur; le sol fut déclaré propriété du peuple romain; les habitants furent sujets de Rome; les administrations locales disparurent; les provinces furent gouvernées despotiquement par des proconsuls ou des propréteurs envoyés de Rome.

2° A l'intérieur, la constitution primitive de la cité subit une altération profonde.

La révolution, qui avait renversé la royauté, n'avait profité qu'aux seuls patriciens. Le peuple, qui y avait si puissamment contribué, n'en tira aucun avantage : au lieu d'un tyran, il en eut mille. Tant qu'avait vécu Tarquin le Superbe, les nobles avaient ménagé le peuple; mais quand sa mort les eut débarrassés de ce souci, ils jetèrent le masque, et ne gardèrent plus aucun ménagement. Il est in-

contestable que jamais l'oppression du peuple par les patriciens, des petits par les grands, des pauvres par les riches, ne fut aussi dure et aussi violente que dans les premiers siècles qui suivirent l'établissement du gouvernement républicain. Le sénat repoussait ou éludait les plaintes les plus justes du peuple; il fallait lui arracher, une à une, les concessions les plus raisonnables. La loi des XII Tables, que le peuple eut tant de peine à obtenir, respire, dans plusieurs de ses dispositions, toute l'insolence patricienne. Cette loi défendait le mariage entre patriciens et plébéiens; elle accordait aux créanciers les moyens de contrainte les plus barbares contre leurs débiteurs : or, à cette époque, toutes les richesses étant concentrées dans les mains des patriciens, les créanciers ne pouvaient guère se rencontrer que parmi les nobles; les débiteurs, parmi les pauvres plébéiens, trop souvent réduits à la nécessité des emprunts.

Mais cette inégalité révoltante entre les deux classes qui composaient la nation ne tarda pas à engendrer entre elles une lutte qui, après bien des vicissitudes, se termina enfin au cinquième siècle, par la victoire complète de la démocratie. Les plébéiens conquirent le grand principe de l'égalité politique et civile; tous les citoyens, sans distinction, devinrent admissibles à toutes les fonctions, à toutes les dignités religieuses et politiques.

II. *Histoire juridique.* — L'histoire juridique de cette période nous présente deux traits principaux :

les rigueurs de la législation civile sont adoucies; le droit arrive à l'état de science proprement dite.

1° La loi des XII Tables était en harmonie avec la rudesse de l'époque où elle fut portée. Le père de famille avait sur ses enfants droit de vie et de mort; les enfants ne pouvaient rien avoir en propre, tout ce qu'ils acquéraient était propriété du père de famille; la loi ne leur assurait aucune portion de l'hérédité paternelle. — Le débiteur insolvable pouvait être réduit en esclavage et même mis à mort par ses créanciers. — La succession *ab intestat* était exclusivement dévolue à la famille civile; le législateur ne tenait aucun compte des affections du défunt. — Enfin, la procédure était l'image d'un combat.

Ces lois, faites pour un peuple grossier et encore barbare, ne pouvaient convenir à Rome civilisée et polie; elles durent être adoucies. Toutefois la réforme ne s'opéra point au moyen d'une refonte radicale du code décemviral : loin de là, les XII Tables, entourées d'un respect presque superstitieux, continuèrent à être regardées, du moins en théorie, comme la base fondamentale du droit civil. Mais, dans la pratique, les dispositions de la loi furent éludées par l'interprétation quelquefois trop subtile des jurisconsultes, et surtout par l'autorité du préteur. Le droit prétorien, plus ami de l'équité, vint se placer à côté du droit civil proprement dit, pour le modifier, soit à l'aide de fictions de diverses natures, soit en accordant, sous un nom nouveau, ce que le droit civil refusait sous

un autre. C'est ainsi, par exemple, que le préteur accorda à certaines personnes, sous le nom de *bonorum possessio*, l'*hérédité* que leur refusait le droit civil.

2° Dans les deux premiers siècles de la république, la connaissance du droit continua à être le monopole d'une caste : conservée et transmise comme un mystère dans les familles patriciennes, la jurisprudence n'était point une science accessible à tous, mais le patrimoine de quelques familles.

Le droit se liait d'ailleurs étroitement à la liturgie du culte national : science sacrée plutôt que mondaine, il dépendait autant de l'aruspice et du pontife que du magistrat civil : *Interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant* (1). Le patricien disposait donc souverainement de la justice : comme pontife, il disait quel jour on pouvait plaider; comme patron, il apprenait à ses clients plébéiens la pantomime symbolique et les paroles sacramentelles dont ceux-ci devaient se servir pour réclamer leurs droits; enfin, comme magistrat, sur son tribunal, il décidait de la fortune et de la liberté des plébéiens avec un arbitraire sans limites; puisque, d'une part, le droit était incertain, et que, de l'autre, aucun recours n'était ouvert contre la sentence.

La rédaction des XII Tables avait rendu, il est vrai, un immense service en mettant à la portée de tous le texte de la loi. Mais il ne suffisait

(1) Pompon., L. 2, § 6, ff., *de Orig. jur.*

pas de connaître la loi, il fallait savoir s'en servir : la symbolique et les formules ne cessèrent point, de longtemps encore, d'être un secret dont la connaissance était soigneusement dérobée aux plébéiens. Pour que le droit cessât d'être une science occulte, il fallut l'indiscrétion d'un Flavius et d'un Ælius. Enfin, vers la fin du cinquième siècle, un plébéien, Tibérius Coruncanius, arrive au pontificat; les voiles qui cachaient aux profanes les mystères de la jurisprudence sont alors déchirés complétement et pour toujours; Coruncanius enseigne publiquement le droit. A partir de cette époque, patriciens et plébéiens se livrèrent avec ardeur à l'étude des lois; les uns pour conserver leur ancienne influence, les autres pour en acquérir; car la connaissance du droit conduisait à tous les honneurs aussi bien que les triomphes militaires. A ces causes d'émulation ajoutons encore la grandeur et l'importance des procès : des rois, des nations entières viennent plaider devant le peuple-roi !...

A la fin du sixième siècle, l'importation à Rome de la littérature et de la philosophie grecques vint se joindre à ces causes de perfectionnement et donner au droit romain une impulsion nouvelle, sans lui rien faire perdre de son originalité. De l'état de précepte despotique et formel, le droit, posé sur des bases plus larges, passa à l'état de science morale. La philosophie stoïque, embrassée avec ardeur par les jurisconsultes romains, imprima à leurs décisions ce haut caractère de no-

blesse et de raison qui distinguait la sublime morale de Zénon. En même temps, la dialectique, si soigneusement cultivée au Portique, apprit aux jurisconsultes l'art de féconder le texte des lois en tirant des principes premiers des conséquences rigoureuses qui, à leur tour, devenaient la source intarissable de mille déductions nouvelles. Ainsi la jurisprudence devint véritablement alors une science, bien qu'elle ne soit arrivée à son entière perfection que dans les siècles suivants.

I. *MAGISTRATS DE ROME.*

§ 42. — Rapports de Rome avec le reste de l'État.

Par rapport au reste de l'État, Rome n'était pas seulement une *capitale*, dans le sens que nous attachons aujourd'hui à ce mot : elle n'avait pas seulement sur toutes les autres villes une prééminence honorifique; mais elle était le siége réel et unique de tous les pouvoirs, le seul lieu où pussent se décider souverainement toutes les affaires de la république.

Cette centralisation si absolue et si complète s'explique aisément par la nature du gouvernement, et par le système tout particulier que les Romains avaient adopté à l'égard de leurs conquêtes.

La souveraineté du peuple n'était pas seulement un principe, c'était un fait : toutes les affaires un peu importantes, la confection des lois, l'élection

des magistrats, les procès criminels contre les citoyens, etc., se traitaient dans les assemblées générales de la nation; et comme ces assemblées ne pouvaient avoir lieu qu'à Rome, il en résultait nécessairement que toute l'action politique et administrative partait de ce centre commun. — Le titre de citoyen était, il est vrai, indépendant du lieu de la résidence; et le citoyen romain conservait sa qualité en quelque partie du territoire qu'il lui plût de résider. Mais comme les Romains ne connaissaient pas le système que nous appelons *représentatif*, et qui consiste à faire voter tout un district par l'intermédiaire d'un délégué élu; comme le droit de suffrage devait être exercé directement et personnellement, il en résultait qu'il fallait être présent à Rome pour y exercer les droits politiques si importants qui étaient attachés à la qualité de citoyen. Aussi le Romain ne quittait-il guère sa ville qu'avec l'esprit de retour; et Rome était considérée avec raison, même sous le rapport du droit positif. comme le domicile commun de tous les citoyens romains (1).

Les conquêtes qui vinrent augmenter si énormément le territoire soumis à la domination romaine, ne changèrent rien à cet état de choses, et ne firent point perdre au gouvernement romain ce caractère de municipalité qui avait été son type primitif. — En effet, différents en cela de la

(1) Modest., L. 33, ff., *ad Municip.*: «Roma communis «nostra patria est.»

plupart des peuples conquérants, les Romains ne cherchaient point à exterminer les peuples vaincus, moins encore à se les incorporer. Bien loin de là : une maxime invariable de leur politique fut de ne jamais admettre les peuples conquis ou soumis à participer aux droits que la constitution politique et la loi civile nationale assuraient aux vainqueurs. — Ainsi aucune fusion, aucune assimilation ne s'établissait entre les vainqueurs et les vaincus. La domination s'étendait sur de nouveaux territoires, sur de nouvelles nations; mais cela ne changeait rien à la constitution politique et civile de la cité conquérante : le nombre de ses citoyens n'en était pas augmenté; aucun élément nouveau n'était introduit dans l'État. Le système adopté à l'égard des personnes était suivi pour le sol lui-même : les terres conquises ne participaient en aucune manière aux droits et aux priviléges dont jouissait le vieux sol romain, la terre conquérante. — Ainsi l'acquisition d'un nouveau pays, quelque étendu qu'il pût être, ne nécessitait aucune modification dans le système de l'administration de l'État : il y avait lieu seulement de désigner un magistrat de plus pour gouverner la nouvelle province. (*Voyez* ci-après, § 50.)

Le régime municipal des cités qui jouissaient du *jus italicum* (*voy.* ci-après, § 47) ne formait pas une exception proprement dite à ce système de centralisation. D'une part, au moins pour le temps de la république, le régime municipal n'existait guère qu'en Italie; et, d'autre part, l'indépendance

des cités italiennes n'avait d'application qu'aux intérêts purement locaux: mais c'était toujours à Rome, et à Rome exclusivement, qu'on pouvait exercer les droits politiques, et que pouvait être traité tout ce qui concernait le gouvernement et l'administration générale de la république.

Au surplus, cette centralisation si absolue sous le rapport politique ne s'étendait pas aux affaires de justice, ni même aux affaires administratives. On vient de voir que les villes d'Italie jouissaient au contraire d'une indépendance municipale très-étendue. Les provinces n'avaient pas, en général, de droit municipal; mais chacune d'elles avait son organisation et ses lois particulières, déterminées par la loi ou le sénatus-consulte qui l'avait réunie à l'empire. D'un autre côté, le gouverneur romain, dans chaque province, dirigeait l'administration et rendait la justice avec une indépendance à peu près absolue : à la fin de ses fonctions, sa conduite pouvait, il est vrai, devenir l'objet d'une accusation publique, comme cela arriva pour Verrès; mais, tant qu'il était en charge, ses décisions étaient souveraines et sans appel.

§ 43. — Consuls.

Après l'expulsion des Tarquins, l'autorité assez mal définie dont avaient joui les rois fut transférée à deux consuls (*regio imperio duo sunto*) (1). Les

(1) Cicero, *de Legib.*, III, 3.

consuls eurent la direction suprême de toutes les parties du gouvernement, la présidence du sénat et l'administration de la justice. Ils avaient la plénitude de la juridiction civile et même une certaine juridiction criminelle.

En matière criminelle, ils n'avaient pas le droit de faire mettre à mort, ni de faire battre de verges, un citoyen romain (1). On pouvait appeler de leurs jugements devant l'assemblée du peuple (2). Cette règle protectrice, qui existait déjà sous les rois, ne fut pas toujours respectée; car nous voyons qu'on fut obligé de la renouveler, à plusieurs reprises, par des lois formelles (3).

Le pouvoir des consuls, limité par différentes lois, et surtout par l'institution du tribunat, éprouva un démembrement notable par la création d'une magistrature spécialement chargée de l'administration de la justice.

Depuis cette époque, les consuls, surchargés d'ailleurs par les soins du gouvernement de la république et du commandement des armées, ne s'occupèrent plus que rarement de l'administration de la justice. Toutefois, comme la juridiction ne leur avait pas été formellement enlevée, ils conservaient un certain droit de se mêler des jugements; aussi les rencontrons-nous encore quelquefois s'im-

---

(1) Pompon., L. 2, § 16, ff., *de Orig. jur.*

(2) Cicero, *de Republ.*, II, 31. — Tit. Liv., III, 54 et 55; IV, 13.

(3) Tit. Liv., III, 55; X, 9. — Cicero, *Rab.*, 3 et 4; *Phil.*, I, 9.

miscant dans les fonctions judiciaires (1). (*Voyez* ci-après, § 60.)

§ 44. — Préteurs.

De toutes les magistratures romaines, la préture est de beaucoup la plus importante pour l'étude du droit romain.

Prætor paraît dériver de *præire*. Ce nom pouvait s'appliquer, et s'appliquait en effet dans l'origine, à tout magistrat supérieur (2); mais depuis qu'on eut créé un magistrat spécial pour rendre la justice, le nom de *prætor* lui fut exclusivement affecté.

L'agrandissement de la république et la nécessité où étaient les consuls de s'absenter souvent de la ville, fit sentir le besoin d'une magistrature spécialement consacrée à l'administration de la justice. Sous le consulat d'Æm. Mamercus et de L. Sextus (ce qui correspond à l'an de Rome 387 ou 388), le sénat créa la préture (3). Cette institution est de la même année où le consulat fut communiqué aux plébéiens; circonstance qui expliquerait peut-être, aussi bien que les raisons données par Pomponius et Tite-Live, la création de la nouvelle magistrature. Le sénat, auquel les plébéiens venaient d'arracher le consulat, dut saisir avec empressement l'occasion d'affaiblir le pouvoir consu-

(1) Tit. Liv., XLI, 9. — Plutarch., *Marius*, 38. — Valer. Max., VII, 7, § 6.

(2) Ascon., *in Verr.*, I, 14.

(3) Tit. Liv., VI, *ult.*; VII, 1. — Pompon., L. 2, § 27, ff., *de Orig. jur.*

laire; d'autant plus que les plébéiens, contents de la victoire qu'ils venaient de remporter, consentirent aisément à ce que la dignité prétorienne fût affectée aux seuls praticiens. Mais ceux-ci ne conservèrent pas longtemps ce privilége, car trente ans plus tard P. Philon, plébéien, brigua et obtint la préture malgré l'opposition des nobles (1).

Les préteurs étaient élus dans les comices par centuries, en observant les mêmes formalités et les mêmes auspices que pour l'élection des consuls; aussi le préteur est-il souvent appelé *collègue des consuls* (2). Comme presque toutes les autres magistratures, la préture n'était conférée que pour un an.

Les préteurs avaient la robe de pourpre comme les consuls, la chaise curule et des licteurs dont le nombre était certainement de six pour les préteurs des provinces; quant aux préteurs de Rome, il est douteux s'ils en avaient quatre ou deux (3).

Il n'y eut d'abord qu'un seul préteur (*prætor urbanus*); mais dans la suite, ce magistrat ne pouvant plus suffire à l'expédition des procès qui se multipliaient par le grand concours des étrangers à Rome, on créa (en 507) un second préteur, auquel on donna le nom de *prætor peregrinus*, parce que c'était principalement entre les étrangers qu'il ren-

(1) Tit. Liv., VIII, 15.

(2) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XIII, 15.

(3) *Voy.* Beaufort, *Republ. rom.*, III, p. 167. — Tit. Liv., V, 2.

dait la justice (1). La Sicile, la Sardaigne, l'Espagne et la Narbonnaise ayant été réduites en *provinces*, on établit, en 526 et 556, quatre nouveaux préteurs pour les gouverner (2). Sylla porta le nombre des préteurs à dix, Jules César à douze, Auguste à seize. Claude en ajouta deux pour juger les difficultés relatives aux fidéicommis; ce qui en éleva le nombre à *dix-huit*. Titus en supprima un; mais Nerva le rétablit, et lui attribua la connaissance des causes entre le fisc et les simples particuliers. Ainsi le nombre des préteurs resta fixé à dix-huit jusqu'au temps de Pomponius, contemporain de l'empereur Alexandre Sévère. Tel est du moins le récit de Pomponius (3); mais ce récit est contredit en plusieurs points par divers auteurs, et notamment par Dion Cassius (4). Ces différences n'offrent du reste qu'un bien faible intérêt. — Sous le règne de Valentinien et de Marcien on ne trouve plus que trois préteurs (5). Beaufort pense qu'il n'en existait plus au temps de Justinien (6).

La première et la principale fonction des pré-

(1) Pompon., L. 2, § 28, ff., *de Orig. jur.* — Lydus, *de Magistr.*, I, 38, 45. — Tit. Liv., *Epitome*, XIX.

(2) Pompon., L. 2, § 32. — Tit. Liv., XXIII, 30; XXV, 3; XXXII, 27; XL, 44.

(3) Pompon., L. 2, § 32.

(4) Dio Cass., XLII, 51; XLIII, *passim*. — Tacit., *Ann.*, I, 14. — Suet., *Cæs.*, 41; *Claud.*, 23. — Quintil., I, O., III, 6.

(5) L. 2, C., *de Offic. præt.*

(6) *Republ. rom.*, III, pag. 166.

teurs était de rendre la justice (1); mais ce n'était pas la seule. — D'un autre côté, quoique semblables par le nom, les différents préteurs n'avaient ni le même rang, ni les mêmes attributions. Le premier en dignité était le préteur *urbain* (2) : c'était lui qui, en l'absence du consul, exerçait le pouvoir consulaire (3); c'était lui encore qui publiait ces édits célèbres qui ont joué un si grand rôle dans le droit romain (4); c'était lui, enfin, qui dressait, chaque année, les listes des juges (5). — Le *prætor peregrinus* était le plus élevé en dignité après le préteur urbain, qu'il suppléait en cas d'empêchement de celui-ci; mais sa principale fonction consistait à rendre la justice entre les étrangers (6). — Au commencement du septième siècle, quatre des préteurs furent préposés à la recherche de certains crimes (7), d'où ils furent nommés

(1) Cicero, *de Legib.*, III, 3.

(2) Festus, v° major. — Ovid., *Fast.*, I, 52. — Conf. Appian., *de Bello civ.*, II, 112. — Plutarch., *in Brut.*, 7.

(3) Tit. Liv., X, 21, 45; XXIV, 9; XLII, 8; XLIII, 1, 8. — Cicero, *ad Fam.*, X, 12; *Philip.*, XIV, 14; *ad Fam.*, X, 28. — Dio Cassius, XLVI, 44; LIX, 24. — Cujac, ad leg. 2, § 27, *de Orig. jur.*

(4) Cicero, *de Finib.*, II, 22; *in Verr.*, I, 42, 61. — Au reste, les gouverneurs des provinces rendaient aussi de pareils édits; et il paraît aussi que, même à Rome, l'édit était quelquefois rédigé par les autres préteurs. (Cicero, *ad Familiar.*, III, 8; *ad Attic.*, V, 21.)

(5) Voy. ci-après, § 73.

(6) Pompon., L. 2, § 28, ff., *de Orig. jur.*

(7) Pompon., L. 2, § 32, *eod. tit.*

quæsitores perpetui (1). Les noms seuls indiquent suffisamment la nature des fonctions du préteur *fideicommissarius* et du préteur *fiscalis*. — Quant aux autres, ils étaient envoyés comme gouverneurs dans les provinces conquises, et y jouissaient d'une autorité toute pareille à celle dont les consuls avaient été investis, à Rome, avant la création de la préture (2). — Le sort distribuait ces divers départements aux préteurs élus (3); cependant le sénat désignait quelquefois le *prætor urbanus* (4). (§ 61.)

§ 45. — Édiles (5).

L'édilité est, après la préture, la magistrature la plus intéressante pour la jurisprudence, du moins sous la république.

---

(1) Cicero, *Brut.*, 27; *pro Murena*, 20; *pro Cluent.*, 53, *de Finib.*, II, 16.

(2) Quand le nombre des consuls et des préteurs ne pouvait suffire au commandement des armées et au gouvernement des provinces, le sénat prorogeait d'une année le pouvoir des préteurs sortant de charge (Tit. Liv., XXVII, 22. — Polyb., VI, 15); ou bien il en faisait élire dans les comices (réunies par tribus ou par centuries), pour aller gouverner les provinces avec un pouvoir consulaire. (Tit. Liv., XXIII, 30; XXVI, 2 et 18; XXIX, 13; XXX, 27 et 41; XXXI, 50.)

(3) Tit. Liv., XXII, 35; XXIII, 30; XXV, 3; XXVII, 7, 36.

(4) Tit. Liv., XXIV, 9.

(5) Varron (*Lingua latina*, IV, 14) et Pomponius (L. 2, § 21, ff., *de Orig. jur.*) ne sont pas d'accord sur l'étymologie de ce mot.

Il y avait trois espèces d'édiles créés en différents temps : 1° deux édiles *plébéiens*, établis vers l'an de Rome 260, comme auxiliaires des tribuns du peuple (1); — 2° deux édiles *curules*, créés en l'an 387 (2); — 3° deux édiles *céréales*, établis par Jules César en l'an 709 (3).

Dans l'origine, les édiles plébéiens avaient la direction des fêtes religieuses plébéiennes, la surveillance du trésor et des archives de la *plebs* (4). Depuis l'année 279, ils étaient chargés de poursuivre la punition des attentats commis par les patriciens contre les plébéiens. — En ce qui touche l'administration de la justice, ils partageaient l'espèce de juridiction arbitrale que les tribuns du peuple avaient pour les procès de plébéiens (5).

Dans le principe, les édiles curules avaient peu de rapports avec les édiles plébéiens; mais depuis que les plébéiens furent déclarés admissibles à l'une et à l'autre édilité, les fonctions des deux classes d'édiles furent les mêmes, et les édiles

---

(1) Dion. Halicarn., VI, 90. — Zonaras, VII, 15.

(2) Tit. Liv., VI, 42; VII, 1. — Cicero, *in Verr.*, V, 14.

(3) Pompon., L. 2, § 32, ff., *de Orig. jur.* — Sueton., *Jul.*, 41.

(4) Dion. Halicarn., VI, 89; X, 42. — Tit. Liv., III, 55. — Zonaras, VII, 15. — Pompon., L. 2, § 21, ff., *de Orig. jur.* — Dio Cass., LIV, 36.

(5) Lydus, *de Magistr.*, I, 38, 44. — Dion. Halicarn., VI, 90. — Zonaras, VII, 15.

curules ne se distinguèrent plus que par certains droits honorifiques (1).

A partir de cette époque, les fonctions des édiles comprirent : 1° la célébration des jeux publics (2); — 2° la police générale de la ville, et notamment la surveillance des édifices sacrés, des places publiques (3), et des aqueducs (4), l'exploitation des biens communaux (5); ils protégeaient la religion existante contre les innovations et les usages étrangers qu'on tentait d'introduire (6); ils poursuivaient d'office les empoisonneurs, les sorciers, les usuriers, les femmes de mauvaise vie, etc. (7); ils veillaient à la tranquillité et à la sûreté de la voie

(1) Plutarch., *Marius*, 5. — Cicero, *in Verr.*, V, 14.

(2) Cicero, *de Legib.*, III, 3; *in Verr.*, V, 14. — Dio Cass., XLIII, 48. — Dion. Halicarn., VII, 71.

(3) Cicero, *in Verr.*, V, 14. — Ascon., *in Verr.*, II, 1, 51.

(4) Frontin., *de Aquæduct.*, 94-97. — Cette surveillance appartenait aussi aux censeurs. — Tit. Liv., XXXIX, 44 XLIII, 16.

(5) Appian., *de Bell. civ.*, I, 8. — Tit. Liv., VI, 35; X, 13, 23, 47; XXXIII, 42; XXXV, 10. — Ovid., *Fast.* V, 283-290.

(6) Tit. Liv. IV, 30; XXV, 1; XXXIX, 14. — Declam. de Harusp. resp., 13.

(7) Tit. Liv., VII, 28; VIII, 18, 22; X, 23, 31; XXV, 2; XXXV, 41.—Plin., *Hist. nat.*, XVIII, 8 (6).—Valer. Maxim., VI, 1, 7. — Plutarch., *Marcell.*, 2. — Dio Cass., XLIX, 43. — Ces expressions de Cicéron, *agere* (*cum populo*) *de republica ac improbis hominibus*, indiquent très-clairement que les édiles avaient ces fonctions d'accusateur public. (Cicero, *in Verr.*, I, 12).

publique (1). — 3° Les édiles étaient encore chargés de l'approvisionnement de la ville; ils surveillaient le commerce des céréales, le prix et la qualité des vivres, le commerce des esclaves et des animaux, les poids et mesures, etc. (2). — 4° Enfin ils figuraient, comme magistrats inférieurs, dans l'ensemble de l'organisation judiciaire, et jouissaient d'une certaine juridiction restreinte (3), principalement en ce qui concernait la police des rues et la vente des animaux et des esclaves (4).

L'édilité fut pendant longtemps considérée comme une charge de très-haute importance: aussi fut-elle souvent remplie par des consulaires. Mais, au temps de Cicéron, elle n'était plus guère recherchée que par ceux qui, aspirant aux premiers emplois de l'Etat, désiraient se concilier la faveur populaire (5) au moyen des jeux publics, dont la magnificence allait toujours croissant (6).

---

(1) Ulp., L. 40 et 42; Paul., L. 41, ff., *de Ædil. edict.* — Papin., L. unic., § 1, 5, ff., *de via Publ.*

(2) Plin., *Hist. nat.*, XVIII, 4 (3). — Tit. Liv., X, 11; XXX, 26; XXXI, 50; XXXIII, 42; XXXVIII, 35. — Plaut., *Capt.*, IV, 2, 44; *Rud.*, II, 3, 42. — Callistr., L. 12, ff., *de Decurion.* — Ulp., L. 1 et 38, ff., *de Ædil. edict.*; L. 13, § 8, *Loc. conduct.* — Juvenal., *Satir.* X, 101.

(3) Pompon., L. 2, § 34, ff., *de Orig. jur.* — Ulp., L. 1, § 1, et L. 63, ff., *de Ædil. edict.* — Aurel. Victor., *de Vir. illustr.*, 72.

(4) Dio. Halicarn., VI, 90. — Dio Cass., LIII, init. — Theophr., I, 2, § 7. — Digest., XXI, 1.

(5) Cicero, *de Offic.*, II, 16, 17; *pro Murena*, 18, 19.

(6) Tit. Liv., XL, 44; XLIV, 18. — Dio Cass., XLIX, 43.

§ 46. — Coup d'œil sur les autres magistratures républicaines.

Quoique nous n'ayons à nous occuper des autorités romaines que sous le rapport de la juridiction, il paraît cependant convenable de donner au moins une idée sommaire des autres magistratures de la république; bien que, pour la plupart, elles paraissent n'avoir eu aucune participation directe à l'exercice de la juridiction proprement dite.

I. CENSEURS. — L'établissement des censeurs remonte à l'an 310. Cette magistrature était périodique, mais non permanente. Les censeurs étaient nommés tous les cinq ans; mais, depuis la loi Æmilia (an 319), leurs fonctions ne devaient pas durer plus de dix-huit mois (1). Il s'écoulait donc régulièrement trois ans et demi sans qu'il y eût de censeurs; mais il fut souvent dérogé à cette règle.

Nul ne pouvait être élevé deux fois à la censure (2). Lorsqu'un des censeurs venait à mourir dans l'exercice de ses fonctions, il n'était point pourvu à son remplacement, et son collègue même devait renoncer à sa dignité (3). Enfin, il y avait encore cela de particulier à cette charge, que les censeurs entraient en fonctions aussitôt après leur élection, tandis que, pour les autres magistrats,

(1) Tit. Liv., IV, 24; IX, 33.
(2) Valer. Maxim., IV, 1, 3 — Plutarch., *Coriol.*, 1.
(3) Tit. Liv., V, 31; VI, 27; IX, 34; XXIV, 43; XXVII, 6.

l'entrée en fonctions était toujours séparée de l'élection par un certain intervalle (1). La censure fut réservée aux patriciens jusqu'à l'année 402, où C. Marcius Rutilus, qui déjà avait été le premier dictateur plébéien, prétendit à cette dignité, et y fut élevé, malgré l'opposition des patriciens (2). Au reste, les fonctions censoriales étaient considérées comme si élevées, qu'elles ne furent presque jamais conférées qu'à des consulaires.

Cicéron énumère de la manière suivante les attributions des censeurs : *Censores ævitates, soboles, familias, pecuniasque censento. Lubis templa, vias, aquas, ærarium, vectigalia tuento. Populique partes in tribus distribuunto; exin pecunias, ævitates, ordines partiunto. Equitum peditumque prolem describunto. Cœlibes esse prohibento : mores populi regunto ; probrum in senatu ne reliquunto. Bini sunto. Magistratum quinquennium habento. Eaque potestas semper esto* (3).

Ne pouvant entrer dans l'explication détaillée de chacune des attributions contenues dans cette énumération, nous insisterons seulement sur deux d'entre elles, savoir, la formation des tables du cens, et le droit de censure sur les mœurs.

L'origine du cens remonte à Servius Tullius. Tous les cinq ans, on soumettait à un examen sévère la fortune et les qualités personnelles des citoyens ; et c'était d'après cet examen que chacun était rangé

(1) Tit. Liv., XL, 45.
(2) Tit. Liv., VII, 22; *Epitom.*, 59.
(3) Cicero, *de Legib.*, III, 3.

dans une des classes ou l'une des centuries qui composaient cette classe. — A cet effet, chaque citoyen établi à Rome ou dans la banlieue était obligé, sous des peines sévères (1), de déclarer aux censeurs son nom, celui de son père et de son aïeul, son âge, le nom de sa femme, le nombre et le sexe de ses enfants, le nombre de ses esclaves, et, en général, l'état de sa fortune mobilière et immobilière (2). Cette déclaration était faite d'après une formule publiée d'avance par les censeurs (3), et confirmée par le serment du déclarant. — Les citoyens romains répandus dans les provinces, dans les villes municipales, ou dans les colonies, faisaient leur déclaration, pour les provinces, aux proconsuls ou aux propréteurs; pour les municipes et les colonies, aux censeurs de ces villes: toutes ces déclarations étaient transmises aux censeurs de Rome (4). — Les tables du cens servaient et à la répartition des impôts (5), et à l'attribution des droits politiques (6): elles tenaient donc

(1) Dion. Halic., IV, 15; V, 75. — Tit. Liv., I, 44. — Cicero, *pro Cæcin.*, 34.

(2) Dion. Halic., IV, 15; V, 75. — Cicero, *de Legib.*, III, 3. — Cf. la table d'Héraclée: mon honorable ami, M. Blondeau, et moi, nous avons donné, de cette table, une édition revue avec soin, dans le *Recueil de textes de droit romain anté-Justinien*, qui fait suite à ma *traduction des Institutes de Justinien* (2 vol. in-8. Paris, 1838).

(3) Tit. Liv., XXIX, 15. — Festus, V° *Censores*.

(4) Cicero, *in Verr.*, II, 53. — Tit. Liv., XXIX, 15.

(5) Tit. Liv., XXXIX, 44. — Plutarch., *Cato major*, 18.

(6) Tit. Liv., XL, 51.

lieu, tout à la fois, de nos registres de l'état civil, de nos registres matricules des contributions et de nos listes électorales. — Après que les listes des citoyens avaient été rectifiées, on procédait à la révision des sénateurs et à celle des chevaliers (1)

Dans l'origine, ce recensement quinquennal avait été attribué aux rois; il passa ensuite aux consuls, qui en furent chargés jusqu'à l'établissement de la censure (2).

Les censeurs pouvaient opérer sur les listes tous les changements qu'ils jugeaient convenables : ils pouvaient transporter un citoyen d'une tribu, d'une classe ou d'une centurie dans une autre (3), ou même l'omettre entièrement (4); priver un chevalier de sa qualité ou un sénateur de sa dignité (5); noter enfin d'un blâme public les citoyens de tout rang et de toute condition (6). Cette inquisition redoutable s'exerçait avec un arbitraire qui n'avait qu'une seule limite, la nécessité de l'accord entre les deux censeurs (7). — Au surplus, la puissance censoriale ne doit pas être confondue avec le pou-

---

(1) Tit. Liv., XXVII, 11; XXIX, 37; XL, 51. — Cicero, *pro Cluentio*, 48. — Plutarch., *Pomp.*, 22. — Zonaras, X, 2.

(2) Tit. Liv., III, 3 et 22; IV, 8.

(3) Tit. Liv., XL, 51.

(4) Tit. Liv., XXVII, 11; XXXIV, 44; XXXVIII, 28. — Zonaras, VII, 19.

(5) Cicero, *pro Domo*, 32.—Aul. Gell., *Noct. attic.*, IV, 12.

(6) Cicero, *pro Cluentio*, 42; *de Republ.*, IV, 6. — Tit. Liv., IV, 31; XXIV, 43; XXVII, 11.

(7) Valer. Max., IV, 2, 1.— Aurel. Vict., *de Viris illustr.*, 58.

voir judiciaire; et la note d'infamie infligée par les censeurs n'avait ni les effets ni le caractère de celle qui résultait de condamnations judiciaires (1).

II. Questeurs. — Les questeurs, dont l'origine est fort ancienne, et que, malgré l'assertion de Pomponius, il ne faut pas confondre avec les *quæstores parricidii* (2), étaient primitivement élus dans les comices par curies, sur la proposition du roi ou du consul (3); plus tard, leur élection fut attribuée aux comices par centuries (4).

Il n'y eut d'abord que deux questeurs; mais, en 355, le nombre en fut porté à quatre, dont deux restaient à la ville, tandis que les deux autres accompagnaient les consuls en campagne. C'est à cette même époque que la questure fut communiquée aux plébéiens (5). — En 485, après la conquête de l'Italie, on créa quatre nouveaux questeurs chargés du recouvrement des impôts (6). — Il est probable

— Tit. Liv., XL, 46 et 51; XLII, 10; XLV, 15. — Cicero, *pro Cluentio*, 43; *de Orat.*, II, 64 et 66.

(1) *Voyez* page 101 les autorités citées, notes 5 et 6.

(2) Pompon., L. 2, § 22 et 23, ff., *de Orig. jur.* — Ulpian., L. unic., ff., *de Offic. quæst.* — Tit. Liv., I, 26; II, 41; VI, 20. — Tacit., *Ann.*, XI, 22. — Lydus, *de Magistr.*, I, 27. — Zonaras, VII, 13.

(3) Ulpian., *l. c.*

(4) Plutarch., *Publicola*, 12.

(5) Tit. Liv., IV, 43.

(6) Tit. Liv., *Epitom.*, 15. — Tacit., *Annal.*, XI, 22. — Joan. Lydus, *de Magistr.*, I, 27.

que le nombre en fut augmenté à mesure que s'agrandissait le territoire de la république : au temps de Sylla il y en avait vingt (1).

Les questeurs urbains avaient la garde du trésor de l'État et la comptabilité publique. C'était par eux que s'opéraient les payements ordonnancés par le sénat (2). — Ils étaient en outre chargés de recevoir les ambassadeurs et les hôtes de la république; d'ordonner les funérailles publiques votées par le sénat aux citoyens illustres (3), etc.

Les questeurs militaires avaient dans leurs attributions la caisse militaire, le payement de la solde, la conservation et la vente du butin. Ils rendaient leurs comptes au trésor public (4). — En cas de décès d'un questeur, le commandant de l'armée le remplaçait par un pro-questeur (5).

III. TRIBUNS DU PEUPLE. — L'importance politique des tribuns du peuple, dans la constitution romaine, est trop connue pour que nous ayons à nous occuper avec détail soit de leur origine, soit du mode de leur élection (6). — Quant à leurs fonctions, nous nous bornerons à rappeler sommaire-

(1) Tacit., *l. c.* — Dio Cass., XLIII, 47, 51.

(2) Polyb., VI, 13 (11).

(3) Plutarch., *Quæst. roman.*, 43. — Valer. Maxim., V, 1, 1. — Cicero, *pro Flacco*, 18; *Philipp.*, IX, 7.

(4) Polyb., VI, 39 (27). — Dion. Halic., VII, 63. — Cicero, *in Verr.*, I, 14; *ad Famil.*, II, 17.

(5) Cicero, *in Verr.*, I, 15, 36.

(6) *Voy.* Beaufort, *République romaine*, liv. IV, ch. VII.

ment qu'elles pouvaient se rattacher aux cinq chefs suivants (1) : — 1° Ils avaient le droit et le devoir de protéger le peuple en s'opposant aux entreprises des grands et du sénat; et non-seulement ils pouvaient mettre en liberté les citoyens arrêtés ou condamnés par les magistrats, mais leur pouvoir allait jusqu'à faire emprisonner les magistrats eux-mêmes (2). — 2° Ils pouvaient, au moyen de la formule sacramentelle VETO, arrêter tous les magistrats dans les fonctions de leurs charges, interrompre les comices, s'opposer aux élections, casser et annuler les lois qui leur déplaisaient (3). — 3° Ils avaient le pouvoir de convoquer et de congédier le sénat (4); — 4° et celui d'assembler le peuple, de lui faire des propositions, et de lui

(1) Cicéron résume ainsi les attributions des tribuns : « Plebs, quos pro se contra vim, auxilii ergo, decem creassit, « tribuni ejus sunto. Quodque ii prohibessint, quodque ple-« bem rogassint, ratum esto. Cum patribus populoque agendi « jus habento; iidemque ad plebem, quod censuerint fe-« runto. Sanctique sunto : neque plebem orbam tribunis « relinquunto. » (*De Legib.*, III, 3.)

(2) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XIII, 12. — Tit. Liv., II, 56; III, 13 et 55; IV, 26 et 57; V, 9; XI, 34; XXIX, 20.—Cicero, *in Vatin.*, 9 et 14; *Philipp.*, II, 2; *in Verr.*, I, 60; *de Legib.*, III, 9. — Vell. Paterc, II, 24.

(3) Tit. Liv., II, 43 et 44; III, 30. — Valer. Max., II, 2, 7.

(4) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XIV, 7 et 8.— Cicero, *ad Fam.*, X, 16 et 28; XI, 6; *de Legib.*, III, 4; *pro Sexto*, 11; *Philip.*, VII, 1. — Appian., *de Bello civili*, II, 25. — Dio Cass., LV, 3, et LXXVIII, 37.

faire confirmer les lois. — 5° Enfin, leurs personnes étaient inviolables et sacrées (1).

Le droit d'opposition n'appartenait pas seulement au collége entier, ni même à la majorité, mais à chaque tribun en particulier; et cela même servait à en tempérer l'excès, car il suffisait au sénat de gagner l'un des tribuns pour arrêter les entreprises des autres (2).

Au surplus, le droit des tribuns ne pouvait s'exercer qu'à Rome et dans la banlieue, c'est-à-dire dans un rayon d'un mille autour de la ville (3).

Les tribuns du peuple n'étaient pas des magistrats proprement dits; car, sauf le droit de convoquer le sénat ou le peuple, leur pouvoir était purement négatif; cependant, quand leur puissance eut atteint sa plus grande extension, on finit par les considérer comme des magistrats (4).

En ce qui touche l'administration de la justice, les tribuns n'eurent jamais de véritable juridiction. On ne peut, en effet, attribuer ce caractère ni à la connaissance qu'ils prenaient quelquefois, comme arbitres volontaires, des procès entre plébéiens (5);

(1) Tit. Liv, II, 43 et 44; III, 30.

(2) Tit. Liv., XXV, 4; XXIX, 20; LXIII, 16. — Valer. Max., VI, 1, 7; 5, 4.

(3) Dion. Halic., VIII, 87. Mais il y avait des exceptions. — Tit. Liv., XXIX, 20. — Plutarch., *Cato major*, 3.

(4) Plutarch., *Quæst. rom.*, 81. — Tit. Liv., II, 35. — Dion. Halic., VI, 87; VIII, 17; X, 4, 34. — Cicero, *in Rull.*, II, 5. — Vell. Paterc., II, 2.

(5) Lydus, *de Magistr.*, I, 38 et 44. — Dion. Hal., VII, 58.

ni à l'*intercessio tribunitia*, qui était un moyen de suspendre la juridiction des autres magistrats, et non le droit de réviser leurs sentences (1).

IV. VINGT-SIX MAGISTRATS INFÉRIEURS. — Parmi les magistrats moins éminents se trouvaient ceux qui étaient élus ensemble, sous la dénomination des *vingt six* (2). Dans ce nombre figuraient les *triumviri capitales,* institués vers l'an 463 (3), et qui étaient chargés de l'exécution des règlements nécessaires à la paix publique (4), de la recherche des crimes (5), de l'arrestation et de la garde préventive des malfaiteurs (6), de la surveillance des prisons (7), de l'exécution des condamnations capitales (8), et d'une certaine autorité disciplinaire sur les esclaves et les gens de basse classe (9); —

(1) Tit. Liv., VI, 27; XXXVIII, 60. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, VII, 19. — Valer. Max., IV, 1, 8. — Cicero, *in Verr.*, IV, 65. — Bethm. Hollw., I, § 32.

(2) Dio Cass., LIV, 26. — Festus, V° *Præfecturæ.*

(3) Tit. Liv., *Epitom.*, XI. — Pompon., L. 2, § 30, ff., *de Orig. juris.*

(4) Tit. Liv., XXV, 1; XXXIX, 14.

(5) Varro, *de Ling. lat.*, IV, 14. — C'est aussi à eux qu'on adressait les dénonciations. Plaut., *Azin.*, I, 2, 5; *Aulul.*, III, 2, 2. — Cicero, *pro Cluent.*, 13.

(6) Tit. Liv., XXXIX, 17. — Valer. Maxim., VI, 1, 10. — Cicero, *pro Cluent.*, 13. — Ascon., *in argum. Milonis.*

(7) Tit. Liv., XXXII, 26.

(8) Valer. Maxim., V, 4, 7; VIII, 4, 2. — Sallust., *Catilin.*, 55. — Tacit., *Annal.*, V, 9.

(9) Plaut., *Amphitr.*, I, 1, 3. — Aulu Gell., III, 3. — Cicero, *pro Cluent.*, 13; *ad Famil.*, VII, 13.

les *triumviri monetales* (1); — les quatre curateurs chargés de l'entretien des rues de la ville ; — les deux curateurs pour les chemins hors de la ville (2); — les quatre préfets qu'on envoyait en Campanie pour l'administration de la justice (3) ; — et aussi, suivant quelques auteurs, dont je ne partage pas l'opinion, les *decemviri litibus judicandis*. (*Voy.* § 84.)

II. *MAGISTRATS D'ITALIE.*

§ 47. — Constitution de l'Italie.

L'Italie des anciens était renfermée entre la Méditerrannée, l'Adriatique, l'Arno et le Rubicon : la Gaule cisalpine, aujourd'hui Lombardie, n'y fut comprise que dans les premières années du huitième siècle (4).

L'Italie n'était point considérée comme une province; c'était Rome étendue.

En se soumettant au peuple romain, les petites républiques qui couvraient le sol de l'Italie avaient conservé le droit de s'administrer elles-mêmes. (*Voy.* § 41.)

---

(1) Pompon., L. 2, § 30, ff., *de Orig. jur.* — Cicero, *ad Famil.*, VII, 13; *de Legib.*, III, 3.

(2) Pompon., *l. cit.*

(3) Dio Cass., LIV, 26.

(4) Par la Loi de la Gaule cisalpine. — La date de cette loi n'est pas bien certaine : les conjectures les plus vraisemblables la placent entre l'année 705 et l'année 713 de Rome. M. Blondeau et moi, nous en avons donné une édition, d'après Dirksen et Pietro de Lama, dans le recueil cité ci-dessus, page 100, note 2.

A la suite de la guerre sociale, tous les Italiens obtinrent le droit de cité romaine (1). Mais cela ne changea pas la constitution antérieure des cités italiques; seulement, à partir de cette époque, les habitants de l'Italie eurent deux patries: *Rome*, la patrie commune de tous les citoyens romains, et où s'exerçaient exclusivement les droits politiques; et le *municipe*, où s'exerçaient les droits municipaux (2). Ainsi le libre régime des cités demeura le caractère fondamental des villes d'Italie après comme avant la complète réunion que produisit la guerre sociale.

Nous devons maintenant entrer dans quelques détails sur l'organisation intérieure et les magistratures des villes d'Italie. Bien que les sources dont nous nous servons pour cet objet se réfèrent plus spécialement à l'époque des empereurs, elles fournissent néanmoins des renseignements suffisants sur l'état de choses existant du temps de la république.

Les cités italiennes se divisaient en trois classes principales: les *municipes*, les *colonies* et les *préfectures;* leur organisation offrait plusieurs différences qu'il serait sans intérêt de signaler ici.

§ 18. — Organisation municipale des cités italiennes. — Peuple. — Sénat. — Magistrats.

Chaque municipe était en raccourci une image

(1) En l'année 665 de Rome, par la loi Julia *de Civitate cum sociis communicanda* (Cicero, *pro Balbo*, 8).

(2) Cette observation est importante à cause de la compétence.

de Rome : il avait, comme la capitale de l'empire, son *peuple*, son *sénat*, ses *magistrats.*

I. PEUPLE. — Le peuple se composait de toutes les personnes domiciliées dans le territoire de la cité, et de ceux qui en étaient originaires. Dans le principe, le souverain pouvoir résidait incontestablement dans l'assemblée du peuple : c'était le peuple qui décrétait les lois et qui nommait les magistrats. Dans la suite, l'importance du peuple diminua considérablement : de même qu'à Rome, sous Tibère, le pouvoir législatif et les élections passèrent des comices au sénat; de même, dans les municipes, le sénat s'attribua peu à peu la connaissance exclusive de toutes les affaires qui étaient autrefois soumises à la décision de l'universalité des citoyens. Aussi le titre de *municeps*, qui, d'abord, avait appartenu à tous les membres de la cité, ne fut-il donné, dans la suite, qu'aux seuls membres du sénat (1).

II. SÉNAT. — Le sénat, successivement appelé *Ordo decurionum*, *Ordo*, *Curia*, et dont les membres portaient le titre de *decuriones* ou *curiales*, était ordinairement composé de cent membres. Toutefois ce nombre n'était pas constant : il est de cent quarante-huit dans le tableau du sénat de la cité de *Canusium*, tableau qui remonte à l'an 223 de

(1) Savigny, *Hist. du Droit romain au moyen âge*, traduction de Guenoux, tom. 1, n. 6 et 8.

J. C., et qui classe les décurions de la manière suivante :

30 Patroni C. C. V. V. (c'est-à-dire *clarissimi viri*, sénateurs romains).
2 Patroni E. E. Q. Q. R. R. (*equites romani*, chevaliers romains).
7 Quinquennalicii.
4 Allecti inter quinquennales.
22 Duumviralicii.
19 Ædilicii.
9 Quæstoricii.
21 Pedani.
34 Prætextati.
———
148

D'après M. de Savigny, les *patroni* sont des membres *honoraires*. Il y en avait de deux sortes : 1° les décurions, que de hautes dignités dispensaient du service effectif ; 2° les personnes d'un rang élevé, étrangères à la curie, et que le sénat y faisait entrer dans l'intérêt de sa propre vanité ou de celle du nouveau membre (1). — Les titres de *quinquennalicii, duumviralicii, ædilicii, quæstoricii*, désignent les membres en exercice qui sont entrés au sénat après avoir exercé les fonctions de *quinquennales*, de *duumvirs*, d'*édiles* et de *questeurs*. Ils sont nommés dans le tableau par ordre de rang, et ceux du même rang par ordre d'ancienneté. Les *pedani* sont les membres entrés au sénat sans avoir rempli, auparavant, aucune fonction publique. — Quant

(1) Savigny, *Hist. du Dr. rom. au moyen âge*, n. 24.

aux *prætextati*, M. de Savigny avoue qu'il ne peut dire la différence qui pouvait exister entre eux et les *pedani*. Suivant Niebuhr, les *prætextati* seraient les fils de décurions qui n'avaient point encore atteint l'âge requis pour siéger à la curie. Selon Fabretti, il faudrait voir dans les *prætextati* les membres qui avaient l'expectative d'une charge : cette classe se composerait alors de ceux qui, possédant la fortune requise pour le cens de décurion, n'étaient pas encore portés sur la liste.

Dans un grand nombre de villes, les dix premiers sénateurs inscrits prenaient le nom de *decemprimi*.

Le président du sénat se nommait *principalis*, qualification que l'on appliquait aussi quelquefois aux magistrats et aux *decemprimi* (1).

Ainsi que nous l'avons dit plus haut, les sénats finirent par s'emparer de toute l'administration intérieure des cités, qu'ils gouvernèrent conjointement avec les magistrats.

III. MAGISTRATS. — Les magistratures municipales étaient assez nombreuses, et les historiens sont loin d'être d'accord sur la nature et le nombre de ces charges : il paraît d'ailleurs qu'à cet égard toutes les cités n'avaient pas un régime uniforme.

1° *Duumviri*. — Les magistrats suprêmes des cités d'Italie portaient en général le nom de *duumviri* ou *quatuorviri*, selon qu'ils étaient deux ou quatre. Leurs attributions peuvent se comparer à celles

(1) Savigny, *Histoire du Dr. romain au moyen âge*, n. 24.

du consulat romain avant que l'établissement de la préture en eût détaché l'administration de la justice. En effet, le duumvir cumulait en sa personne :

La présidence du sénat;

La direction de toutes les parties de l'administration;

Enfin, le pouvoir judiciaire.

2° *Præfecti.* — Dans quelques villes, la justice était rendue par un *préfet* envoyé de Rome; mais sauf ce point, les préfectures ne différaient en rien des autres cités d'Italie : telle est du moins l'opinion de M. de Savigny.

3° *Quinquennalis.* — *Censor.* — *Curator.* — Ces trois expressions désignaient une même magistrature, dont le titre variait selon les localités. La charge de *quinquennalis* correspondait à celle de censeur à Rome, en y ajoutant quelques-unes des attributions de la questure. — Nul ne pouvait arriver à la dignité de *quinquennalis* qu'après avoir passé par toutes les autres magistratures municipales. — Le *quinquennalis* n'était nommé que de cinq ans en cinq ans, et pour une année seulement; de sorte que cette charge restait vacante quatre années sur cinq.

Il faut maintenant dire quelques mots de l'élection des magistrats municipaux. — Ces fonctionnaires ne pouvaient être choisis que parmi les décurions. Ils étaient nommés par le sénat (*creatio*), sur la présentation (*nominatio*) du magistrat sortant, qui demeurait responsable de la gestion du candidat par lui présenté.

§ 49. — Juridiction des magistrats municipaux.

La juridiction des duumvirs est clairement établie par une foule de textes dans lesquels le mot *duumvir* est accompagné des initiales J. D. (*juri dicundo*) (1). — A l'époque dont nous nous occupons, la juridiction des duumvirs était *illimitée*, ainsi que M. Savigny (2) l'a fort bien démontré, contre l'opinion de Roth (3).

Les duumvirs avaient un tribunal (4); ils avaient sans doute et les actions de la loi et l'*imperium;* et ils connaissaient de l'exécution de leurs jugements. (*Voy.* ci-après, § 64.)

III. *MAGISTRATS DES PROVINCES.*

§ 50. — Organisation générale des provinces.

Le mot *provinces* a plusieurs significations: nous le prenons ici dans le sens le plus ordinaire pour désigner les pays conquis hors de l'Italie et soumis à la domination romaine: *Provinciæ appellabantur quod populus romanus eas provicit, id est ante vicit* (5).

---

(1) Doni, *Class.*, 5, n. 42, 83, 84, 228. — Cf. Cicero, *in Rull.*, II, 34. — Ulpian., L. 4, § 3 et 4, ff., *Damn. inf.* — L. 16, C. Th., *de Decurion;* L. 18, C. Just., *eod.*

(2) *Hist. du Dr. rom. au moyen âge.* T. 1, § 9 et suiv.

(3) *De Re municip. roman.*, p. 23, 24.

(4) Sueton., *de Clar. orat.*, 6.

(5) Festus, V° *Provinciæ;* Cf. Isidor., *Orig.*

Les premiers pays réduits en provinces furent la Sicile et la Sardaigne en l'an de Rome 526, et les deux Espagnes en 556. Puis furent successivement réunies à l'empire la Macédoine en 587, l'Achaïe et l'Afrique en 607, l'Asie (royaume de Pergame) en 624, la Cilicie vers 675, la Bithynie en 680, la Syrie en 690, les Gaules en 633 et en 694, la Numidie après la bataille de Pharsale, la Mauritanie par Octave, pendant le second triumvirat, l'Égypte sous Auguste, etc. etc.

De tous les sujets de la république, les provinciaux étaient les plus mal traités. Les pays réduits en provinces perdaient leurs lois, leurs magistrats. La propriété même du territoire était réputée appartenir au peuple romain; et les particuliers ne pouvaient avoir sur le sol provincial qu'une *propriété de fait*, une sorte de possession et d'usufruit (1).

Les provinces étaient régies : 1° par la loi qui leur avait été imposée au moment de la conquête (*formula provinciæ*) (2); 2° par des lois et des sénatus-consultes faits à Rome, tantôt pour toutes les provinces, tantôt pour l'une d'elles en particulier (*formula provinciæ*) (3); 3° par l'édit que le gouverneur publiait à l'instar de celui dressé à Rome par le préteur urbain (4).

(1) *Voy.* notamment Gaius, *Comm.* II, § 7.

(2) Cicero, *in Verr.*, II, 13. — Tit. Liv., XLV, 29, etc.

(3) Pr. Instit., *de Atil. tut.*—Ulp., XI, 1.—Marcian., L. 19, ff., *de Ritu nupt.* — Marcian., L. 5, ff., *de Manumiss.* — Cicero, *in Verr.*, III, 70; *ad Att.*, V, 21.

(4) Cicero, *ad Famil.*, III, 8; *ad Att.* V, 21; VI, 1.

Au reste, le sort et l'organisation des provinces offraient beaucoup de variétés sous la république : c'est seulement sous les empereurs que l'uniformité s'établit peu à peu entre les diverses parties de l'empire.

A la différence de l'Italie, les provinces n'avaient pas de magistrats qui leur fussent propres ; elles étaient abandonnées presque sans défense à la discrétion des gouverneurs envoyés de Rome : il serait trop long de citer ici les nombreux témoignages qui prouvent que la conduite de Verrès en Sicile était celle de la plupart des gouverneurs romains.

Dans l'origine, et quand les provinces étaient encore peu nombreuses, on nommait chaque année des préteurs chargés de les gouverner (1). Mais au septième siècle, la création des *quæstiones perpetuæ* ayant rendu nécessaire à Rome la présence d'un plus grand nombre de préteurs, on cessa d'en envoyer dans les provinces, dont l'administration fut alors confiée aux consuls et aux préteurs qui avaient terminé le temps de leur magistrature, et qui prenaient alors le titre de *proconsules* et de *proprætores* (2).

Ces gouverneurs avaient pour subordonnés un *questeur* nommé à Rome, et qui était principalement chargé de l'administration financière (3).

---

(1) Pompon., L. 2, § 32, ff., *de Orig. jur.* — Tit. Liv., XXIII, 30.

(2) Tit. Liv., VIII, 22 ; XXIV, 10 ; XXVII, 36 ; XXIX, 13 ; XXX, 27 ; XXXIV, 55. — Sigon., II, 1, pag. 125.

(3) Cicero, *ad Quint.*, I, 1 ; *ad Att.*, VI, 6 ; *in Verr.*, II, c. 8 ; *ad Fam.*, XIII, 9 et 10 ; *in Verr.*, I, 15 ; *Divin.*, 18.

Les provinces étaient distribuées aux questeurs par la voie du sort; cependant le sénat permettait quelquefois au gouverneur de se choisir son questeur (1).

Les gouverneurs étaient aidés, dans leurs fonctions, par des *lieutenants* (*legati*) : ces lieutenants, dont le nombre variait suivant l'étendue de la province, étaient nommés par le sénat ou choisis par le gouverneur lui-même, avec approbation du sénat (2).

§ 51. — Régime des cités provinciales.

Nous avons dit, dans le paragraphe précédent, que les provinces différaient de l'Italie en ce que les cités provinciales n'avaient pas de magistrats qui leur fussent propres.

Toutefois, cette proposition n'est pas applicable à toutes les cités provinciales; il faut distinguer à cet égard celles qui, par une concession spéciale, avaient obtenu le *jus italicum*, de celles qui restaient soumises au droit commun des provinces.

1° *Cités provinciales jouissant du jus italicum.* — Les cités provinciales qui avaient obtenu le *jus italicum* étaient assimilées aux villes d'Italie: comme ces dernières, elles jouissaient d'une organisation municipale indépendante; elles avaient un sénat et des magistrats dont les attributions et les titres étaient en général les mêmes que ceux des magistrats d'Italie.

(1) Tit. Liv., XXX, 33.

(2) Cicero, *Vatin.*, 15. — Corn. Nep., *Attic.*, 6.

Les duumvirs de ces cités privilégiées avaient, comme ceux d'Italie, une juridiction contentieuse et volontaire. Mais, sous ce rapport, il y a entre les villes d'Italie et les cités provinciales cette différence que, pour les premières, la juridiction des magistrats municipaux fut une juridiction en premier et dernier ressort jusqu'à l'établissement des lieutenances impériales par Adrien; tandis que, pour les dernières, il est vraisemblable que, dès l'origine, on put appeler au gouverneur de la province des décisions rendues par les magistrats municipaux.

Dans les Gaules, Vienne, Lyon et Cologne, jouissaient bien certainement du *jus italicum*. Il est probable que beaucoup d'autres villes, surtout dans le Midi, avaient obtenu le même privilége; mais nous ne possédons à cet égard que des documents très-incomplets. Il est un signe auquel on peut reconnaître les villes qui jouissaient du *jus italicum*, c'est la présence, sur leurs monnaies, d'un Silène debout : cette figure est le symbole constant de l'indépendance municipale.

2° *Cités provinciales proprement dites.* — Les cités provinciales proprement dites différaient essentiellement de celles dont nous venons de parler, en ce que, bien qu'elles eussent un sénat (*curia*) organisé à peu près de la même manière, elles n'avaient pas néanmoins de magistrats proprement dits : c'est un point que l'illustre Savigny me paraît avoir mis hors de toute contestation.

A ce sujet, il faut se souvenir que les Romains

distinguaient deux espèces de fonctions publiques : les *honores* et les *munera*. Les honneurs (*honores*) conféraient à la personne qui en était investie une dignité, une distinction personnelle; les charges (*munera*) ne conféraient aucune distinction personnelle; elles imposaient seulement des devoirs de diverses natures.

Ceci posé, les villes provinciales qui n'avaient point le *jus italicum* pouvaient bien avoir des *munera*, et peut-être aussi quelques *honores;* mais bien certainement elles n'eurent, du moins jusqu'à la création des *défenseurs* (J. C. 365), aucune magistrature que l'on pût assimiler à celle des duumvirs, c'est-à-dire une magistrature embrassant tout à la fois le gouvernement de la cité, la présidence du sénat, et l'administration de la justice.

Sous ce triple rapport, l'absence de magistrats municipaux établissait de grandes différences entre le régime des villes provinciales qui ne jouissaient pas du *jus italicum*, et celui des cités qui avaient obtenu ce privilége; ainsi :

1° Dans les villes ayant le *jus italicum*, la justice était rendue, en premier ressort, par les magistrats municipaux, sauf appel au lieutenant impérial; dans les autres cités provinciales, les causes étaient directement portées devant le lieutenant impérial, qui connaissait ainsi en premier et en dernier ressort.

2° Dans les villes ayant le *jus italicum*, la présidence du sénat appartenait de droit aux duum-

virs; dans les autres cités provinciales, cette présidence appartenait au premier décurion inscrit sur l'*album*. Ce président portait le nom de *principalis*. — Le *principalis* restait en fonctions toute sa vie; cependant, après quinze ans d'exercice, il pouvait se retirer. — En cas de vacance, les fonctions de *principalis* passaient, de plein droit, au second décurion; et c'est seulement pour le cas où ce décurion se serait trouvé, par son âge ou ses infirmités, dans l'impossibilité d'en exercer les fonctions, que le sénat pouvait élire le *principalis*.

3° Quant à l'administration civile proprement dite, la différence n'était pas moins grande, quoique plus difficile à caractériser. Dans les villes ayant le *jus italicum*, l'administration se partageait entre les divers magistrats dont il a été question dans le paragraphe précédent; dans les cités provinciales ordinaires, l'administration appartenait à la curie entière, qui l'exerçait par le *principalis*.

Au premier abord on est tenté de voir dans le *principalis* un magistrat proprement dit, qui ne différait du duumvir que par le nom; mais ce serait là une grande erreur, car il existe entre eux des différences essentielles. — Le duumvir est élu par la curie; le *principalis* ne doit habituellement sa place qu'à l'ancienneté. — Le duumvir n'est élu que pour un an, le *principalis* est à vie. — Enfin, le duumvir exerce une autorité qui lui est propre; tandis que le *principalis* est tout simplement le directeur de la curie, l'exécuteur des volontés de la curie.

Certaines villes provinciales, et notamment Bordeaux, Reims, Poitiers, avaient de véritables magistrats municipaux, portant le titre de consuls; et comme il n'est point établi que ces villes eussent obtenu le *jus italicum*, il faut bien admettre que ces cités formaient exception au régime ordinaire des provinces.

§ 52. — **Gouverneurs des provinces** (*Prætores. Proconsules. Proprætores. Præsides*).

Ces gouverneurs réunissaient presque tous les pouvoirs divisés à Rome entre plusieurs magistrats. Ils avaient la juridiction criminelle et civile, contentieuse et volontaire. Ils avaient le *jus gladii;* ils pouvaient condamner aux mines, mais non à la déportation, qui est cependant une peine moindre (1).

Ils parcouraient la province, surtout pendant l'hiver (2), et tenaient des assises (*sessiones*) dans les principales villes (*conventus*) (3) : les plaideurs s'y rendaient de toutes parts (4). — Ils pouvaient,

---

(1) Herm., L. 10; Marcian., L. 11, ff., *de Off. præsid.* — Ulp., L. 7, § 2; L. 8, ff., *de Off. proc.*, L. 6, § 8, ff., *de Off. præs.;* L. 6, § 1, ff., *de Int. et rel.*

(2) Cicero, *ad Att.*, V, 14. — Liv., XXXIV, 48. — Cæs., *B. G.*, I, 54.

(3) Plin., *H. N.*, III, 3, 1. — Cicero, *in Verr.*, V, 11; II, 29; *ad Famil.*, II, 13.—Virg., *Æn.*, V, 758.—*Voy.* ci-après.

(4) C'est ainsi qu'en Angleterre les grands juges qui composent les trois cours supérieures de Westminster

comme les préteurs de Rome, décider l'affaire eux-mêmes ou la renvoyer à un judex. (*Voy.* § 67.)

(cour du Banc du Roi; cour des Plaids-communs; cour de l'Échiquier) abandonnent, deux fois par an, leurs fonctions ordinaires pour faire une tournée dans les comtés du royaume. C'est dans ces tournées qu'ils tiennent ce qu'on appelle les *assises*, où se décident définitivement toutes les causes dont la procédure a été préparée soit dans les cours de Westminster, soit devant les juges de paix et les coroners, quant à la plupart des affaires criminelles. C'est auprès de ces cours d'assises que s'assemble le jury d'accusation, et c'est devant elles que le jury de jugement entend les débats des causes tant civiles que criminelles.

Toute l'Angleterre étant divisée en six *circuits* ou arrondissements séparés, pour les tournées d'assises, et le nombre des grands juges étant de douze, il en résulte que chaque circuit est ordinairement visité par deux juges.

Les cours d'assises sont divisées en deux sections, l'une civile, l'autre criminelle; et chacune d'elles est ordinairement présidée par un seul juge; mais quelquefois les deux juges siégent en même temps, s'il n'y a point d'affaires dans l'une des sections, ou si les affaires sont épuisées dans l'une plus tôt que dans l'autre. La section civile est appelée le côté de *nisi prius* (*nisi prius side*), d'après deux mots de la forme de convocation, la section criminelle est appelée le côté de la couronne (*crown-side*), parce que le roi est toujours censé poursuivre les crimes. (Jos. Rey, *des Instit. jud. de l'Anglet.*, t. II, p. 90. *Voyez* aussi Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires*, liv. III, chap. XI et suiv. T. II, p. 165 et suiv.)

Nous avions d'abord conçu la pensée de rechercher les rapports si nombreux qui existent entre l'organisation judiciaire des Romains et celle des Anglais; mais ce travail nous eût entraîné trop loin, et nous avons dû y renoncer.

§ 53. — Lieutenants des gouverneurs.

Ces lieutenants n'avaient aucune juridiction qui leur appartînt en propre (1); mais le gouverneur de la province pouvait leur déléguer sa juridiction (*mandare juridictionem*) (2). Toutefois, les règles de la juridiction mandée ne leur sont pas toutes applicables; car les lieutenants étaient aussi considérés comme des magistrats (3).

L'appel de leurs décisions se portait devant le proconsul ou le propréteur (4).

Ils pouvaient ou prononcer eux-mêmes ou donner un juge. (*Voy.* § 68.)

III. GOUVERNEMENT IMPÉRIAL JUSQU'A DIOCLÉTIEN.

§ 54. Constitution politique. — Progrès de la jurisprudence.

I. *Histoire politique.* — Après soixante ans de guerres civiles et de proscriptions, Auguste, mettant à profit la lassitude du genre humain, lui avait offert le repos et la sécurité en échange d'une liberté orageuse qui, depuis un siècle, faisait le mal-

---

(1) Ulpian., L. 13 et 6, § 1, ff., *de Off. proc.*

(2) *Loc. cit.* — *Voy.* ci-dessus, § 35.

(3) Poth., *Pand.*, I, 16, n. 38.

(4) Venul. Saturn., L. 2, ff., *Quis a quo.*

heur du monde et n'existait d'ailleurs que de nom. La république périt; l'unité monarchique la remplaça. Toutefois, l'habile politique d'Auguste laissa subsister presque toutes les formes républicaines: il ne prit ni le titre de dictateur ni le titre de roi, qui excitait encore trop de haine (1); il préféra rassembler sur sa tête les différentes magistratures, entre lesquelles, sous la république, se trouvaient partagés les pouvoirs de l'Etat: il fut en même temps consul, censeur, tribun, souverain pontife, *imperator*, dénomination purement militaire d'abord, qui exprima, dans la suite, la somme de tous les pouvoirs civils et militaires, la puissance dictatoriale (2).

Aussi cette révolution, préparée par les dictatures de Sylla et de J. César, n'eut point pour effet d'établir du premier coup l'autocratie proprement dite. Sous les premiers empereurs, et jusqu'à Adrien, le gouvernement fut une sorte de monarchie républicaine: l'empereur n'était que le premier magistrat de la république. En pratique, sans doute, le pouvoir du prince connaissait peu de limites; mais, en théorie, la souveraineté appartenait encore au peuple romain: sous Tibère, et même sous Claude, le peuple s'assemblait encore quelquefois pour sanctionner les lois. Enfin, la puissance impériale n'était pas considérée comme le patrimoine d'une famille, mais comme une magistrature conférée à

---

(1) Tacite, *Ann.*, I, 9. — Sueton., *Aug.*, 52.

(2) Sueton., *Aug.*, 26, 27, 31, 37, 38, 41. — Tacit., *Ann.*, I, 2. — Dio, LIII, 16, 18, 28, 32; LIV, 13, 26; LV, 4.

vie par le peuple : ce ne fut que plusieurs siècles après que l'on songea à rendre héréditaire la dignité impériale.

Le sénat perdit tout pouvoir politique. Dans le commencement, les empereurs le consultèrent encore pour la forme; mais bientôt ils se dispensèrent de cette apparence de respect. Au reste, par sa servilité et sa bassesse, ce corps, autrefois si illustre, allait au-devant de sa propre dégradation. Toutefois, les empereurs laissèrent au sénat le soin d'améliorer la législation civile; aussi, trouvons-nous dans cette période un grand nombre de sénatus-consultes très-importants pour le droit privé.

Les anciennes magistratures perdirent beaucoup de leur crédit; les magistratures nouvelles, de création impériale, acquirent promptement une prépondérance marquée.

L'Italie conserva au moins en partie son administration municipale.

Le sort des provinces fut adouci; et le pouvoir des gouverneurs, autrefois illimité, fut renfermé dans de justes bornes.

Le nouvel établissement, affermi par quarante-trois ans d'un règne paisible, passa sans secousse au successeur qu'Auguste s'était choisi.

A la mort de Néron, l'empire penchait vers sa ruine; Vespasien le releva, et prépara la glorieuse et florissante époque des Antonin.

A la mort d'Alexandre Sévère, et jusqu'à Dioclétien, l'empire retomba dans un chaos dont l'histoire offre peu d'exemples: ce fut plutôt une anar-

chie militaire qu'un gouvernement régulier. Nous trouvons, en cinquante ans, seize empereurs arrivant à l'empire par la violence, ou par l'assassinat de leurs prédécesseurs.

II. *Histoire juridique.* — Les événements politiques n'eurent pas, du moins immédiatement, sur les institutions civiles, autant d'influence qu'on pourrait le supposer : la loi des XII Tables, pour la théorie, le droit prétorien, pour la pratique, demeurèrent les bases du droit privé.

Mais si la législation civile demeura à peu près stationnaire, il n'en fut pas ainsi de la science du droit, dont les immenses progrès méritèrent à cette époque le nom d'*âge d'or* de la jurisprudence. Bien des causes concoururent pour produire l'admirable perfection à laquelle arriva la jurisprudence romaine dans le courant et surtout vers la fin de cette période : nous nous contenterons de signaler ici les principales.

1° Il faut d'abord tenir compte du génie même du peuple romain. Le Romain avait plus de bon sens que d'imagination; plus de solidité que de brillant; plus de méthode que de goût. Grave, réfléchi, positif, intéressé jusqu'à l'avarice, formé à la discussion par la vie publique du Forum, le citoyen de Rome portait dans les affaires de la vie privée un esprit d'ordre et d'exactitude pointilleuse, qui ne le disposait guère à céder sur ce qu'il croyait être son droit. Ces qualités et ces défauts du caractère national étaient également favorables au perfectionnement de la science du droit.

Ces dispositions naturelles furent merveilleusement secondées par diverses circonstances accessoires.

2° Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, le droit était à Rome la science par excellence : indispensable à tous, dans une société où chaque citoyen pouvait à chaque instant être appelé aux diverses fonctions publiques, le droit était l'étude de tous. — Les grands politiques, les grands généraux romains, étaient versés dans l'étude du droit civil; cette science était surtout cultivée par l'élite de la société romaine, et l'on connaît ce mot si dur de Mucius à Servius : « *Turpe esse viro patricio et nobili et causas oranti, jus civitatis in qua versaretur ignorare.* » Aussi, déjà sous la république, la science du droit était-elle devenue un des moyens les plus sûrs d'arriver aux honneurs.

Auguste rehaussa encore l'éclat et l'importance de la jurisprudence en accordant à certains jurisconsultes le privilége de répondre officiellement sur le droit, c'est-à-dire de donner des décisions obligatoires pour les juges, tout comme si elles fussent émanées de l'empereur lui-même.

3° La forme de la procédure ne fut pas non plus sans influence sur le perfectionnement de la jurisprudence. La plaidoirie sur le droit étant séparée de la plaidoirie sur le fait, il n'y avait pas moyen, comme dans nos tribunaux, de dissimuler son ignorance en droit par des développements oratoires sur le point de fait.

4° Mais au nombre des causes les plus actives

de perfectionnement, on doit ranger l'admirable simplicité des lois. Les lois se contentaient de poser les principes premiers, et laissaient à la doctrine le soin d'en développer les conséquences. Les jurisconsultes romains n'étaient point enchaînés, accablés par la stérile abondance des textes législatifs. Aussi, tandis que, chez nous, les jurisconsultes, obligés de se consumer en pénibles efforts pour apprendre, retenir, expliquer et concilier une multitude de textes confus et le plus souvent contradictoires, sont réduits à négliger la culture des lettres et de la philosophie, et n'osent avancer de peur de se heurter contre quelque texte; les jurisconsultes romains, libres de telles entraves, ne trouvant dans les lois positives qu'un petit nombre de dispositions simples, pouvaient remonter aux sources premières de tout droit, interroger la nature intime de l'homme, scruter les principes nécessaires des choses, et poser ainsi les bases d'un droit vraiment philosophique et universel : parce que les vérités qui se déduisent logiquement de la nature des choses ont, pour tout homme qui pense, une valeur très-supérieure aux vérités, souvent de pure convention, qui n'ont d'autre base que le caprice d'un législateur.

Et comme, d'un autre côté, les jurisconsultes occupaient les plus hautes fonctions de l'ordre judiciaire; comme leurs écrits n'étaient le plus souvent que le résumé des décisions qu'ils avaient rendues comme magistrats; leurs ouvrages nous offrent un admirable modèle de l'union de la théo-

ric avec la pratique: leurs théories ne vont jamais se perdre dans le vague des contemplations purement métaphysiques; mais aussi leur pratique n'a rien de bas et de routinier, et se rattache toujours aux grands principes de la morale.

Sous les Antonin et les Sévère, la jurisprudence avait atteint le plus haut degré de perfection auquel cette science paraisse pouvoir jamais arriver, parce que jamais, probablement, les causes qui concoururent à son perfectionnement ne se rencontreront nulle part à un aussi haut degré. Mais la décadence approchait.

En ce qui touche spécialement l'organisation judiciaire, nous ferons les observations suivantes : 1° Sous la république il n'y avait pas eu d'unité dans l'administration de la justice : cette administration avait un caractère essentiellement local et municipal; sous l'empire tous les pouvoirs tendirent à se centraliser dans les mains de l'empereur. Aussi est-ce principalement sous l'empire que se développèrent les voies à prendre pour faire réformer les jugements : l'appel se porta du magistrat inférieur au magistrat supérieur, et en dernier ressort devant l'empereur. — 2° Les magistratures anciennes déclinèrent rapidement, et leur juridiction fut transférée, en tout ou en partie, à des magistratures de création impériale. — 3° Rome resta la capitale de l'empire, le siége du gouvernement, et le chef-lieu judiciaire : elle conserva une organisation judiciaire distincte.

I. *AUTORITÉS SUPÉRIEURES EMBRASSANT TOUT LE TERRITOIRE DE L'EMPIRE.*

§ 55. — Empereur. (*Voy.* § 103.)

Nous venons d'indiquer (§ 54) les caractères principaux du pouvoir impérial; il nous reste seulement à ajouter quelques mots concernant la part que prenait l'empereur dans l'administration de la justice civile ou criminelle.

L'empereur influait sur l'exercice de la juridiction de deux manières fort différentes : par les *rescripts* et par les *décrets* (1).

1° Les rescripts étaient des décisions que l'empereur rendait sur des questions particulières, mais *sans prendre connaissance des faits* de la cause; ils indiquaient aux magistrats le parti que ceux-ci devraient suivre dans une hypothèse dont l'examen et la vérification leur étaient abandonnés (2). Les rescripts étaient donnés, tantôt sur la demande de magistrats qui désiraient être éclairés sur un point douteux (3), tantôt sur la demande des par-

---

(1) On ne parle pas ici des *édits* ou lois générales qui étaient des actes purement législatifs, dans le sens que nous donnons nous-mêmes à ce mot, et qui, par conséquent, ne se rattachent que de loin à la juridiction.

(2) § 6, Instit., *de Jure nat.* — *Voy.* Brisson, *de Formulis*, III, 21 à 69.

(3) Theoph., I, 2, 6. — Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Constit.*, *princip.*— Diocl. et Max., L. 1, C., *de Precib.*

ties elles-mêmes (1); ils avaient force de loi, et liaient les magistrats et les juges (2).

2° Les décrets étaient de véritables jugements par lesquels l'empereur, *après avoir pris connaissance des faits* (3), prononçait définitivement sur les causes qui lui étaient soumises, soit directement (4), soit par voie d'appel (5). Les décrets obtenaient force de loi pour tous les cas analogues (6). Ils étaient rendus par l'empereur, tantôt seul, tan-

---

(1) Les esclaves eux-mêmes pouvaient s'adresser à l'empereur, et en obtenir une réponse. (Diocl. et Max., L. 1, C., *de Precib.*—Honor. et Theod., L. 6, C., *eod.*—Gordian., L. 6, C., *de Testam. manum.*)

(2) *Voy.*, à la page précédente, les notes 2 et 3.—Ulp., L. 9, § 2, ff., *de Hered. instit.* — Paul., L. 49, ff., *ad Leg. Falcid.* — Ulpian., L. 17, ff., *de Jure patronatus.*

(3) § 6, Instit., *de Jure nat.* — Theoph., *eod.* — Quant à la forme des décrets, *voyez* Brisson, *de Formulis*, V, 113, 182, 183, 184.

(4) Nous voulons parler des cas où l'empereur aurait été saisi de prime abord (*relatio ad principem*): Papin., L. 22; Hermog., L. 26, ff, *de App.*—Fronto., *epist. ad Marc.*, II, 15. —Car, en général, après décision d'un magistrat inférieur, il n'était pas permis de s'adresser directement à l'empereur, *omisso medio*, c'est-à-dire en négligeant les magistrats intermédiaires : toutefois cela n'entraînait pas déchéance de l'appel. (Papyr., Inst., L. 21, pr. et § 1, ff., *de Appell.*)

(5) Sueton., *Octav.*, 33.— Dio Cassius, LII, 21 et 33. — Paul., L. 38, ff., *de Minorib.*

(6) § 6, Instit., *de Jure nat.*

tôt avec la participation du sénat (1), ou avec celle du conseil privé (2).

Au reste, si on considère que la puissance du prince était illimitée, on ne sera pas surpris que la juridiction impériale ne fût ni assujettie aux formes d'une procédure constante, ni circonscrite par des règles fixes. Le despotisme simplifie tout: aussi n'avons-nous aucun détail sur les procédés de la justice impériale. Nous rapporterons seulement ici, en note, un passage dans lequel Marcellus nous a laissé un tableau intéressant d'une audience de l'empereur (3).

---

(1) Sueton., *Claud.*, 14 et 15; *Nero*, 15; *Domit.*, 8. — Dio Cassius, LIX, 18; LX, 4; LXIX, 7; LXXI, 6; LXXVII, 17.

(2) Dio Cassius, LII, 33; LIII, 21; LV, 27; LVI, 28; LVII, 7; LX, 4. — Plin., *Epist.*, IV, 22; VI, 31. — Spartian., *Hadrian.*, 8, 18, 22. — Capitol., *Anton. Pius*, 12. — Ulpian., L. 17, ff., *de Jure patron.* — Herodian., VI, 1. — Lamprid., *Alex. Sev.*, 15, 16, 68.

(3) L. 3, ff., *de His quæ in testam. delent.* : «Proxime in «cognitione principis, cum quidam heredum nomina in«duxisset, et bona ejus ut caduca a fisco vindicarentur, diu «de legatis dubitatum est, et maxime de his legatis, quæ «adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Ple«rique etiam legatarios excludendos existimabant : quod «sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti «cancellasset; nonnullos opinari, id jure ipso perimi, quod «inductum sit, cætera omnia valitura. Quid ergo? Non et «illud interdum credi potest, eum, qui heredum nomina «induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati «exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpreta«tionem sequi non minus justius est, quam tutius. Senten«tià imperatoris Antonini Augusti, Pudente et Pollione

§ 56. — Conseil d'État. — *Sacrum auditorium.* — *Sacrum consistorium.* (*Voy.* § 104.)

I. Il faut aussi ranger parmi les autorités judiciaires une institution qui ne reçut que plus tard son entier développement, mais qui déjà, à l'époque dont nous nous occupons, offrait assez d'intérêt pour qu'il ne nous soit pas permis de la passer complétement sous silence : nous voulons parler de l'espèce de conseil d'Etat connu successivement sous les noms d'*auditorium*, *sacrum auditorium*, *sacrum consistorium*.

Dès les temps les plus anciens, les magistrats et

«consulibus : *Cum Valerius Nepos, mutata voluntate, et in-«ciderit testamentum suum, et heredum nomina induxerit, «hereditas ejus, secundum divi patris mei constitutionem, ad «eos qui scripti fuerint, pertinere non videtur.* Et advocatus «fisci dixit : *Vos habetis judices vestros.* Vivius Zeno dixit : «*Rogo, domine imperator, audias me patienter : de legatis «quid statues?* Antoninus Cæsar dixit : *Videtur tibi voluisse «testamentum valere, qui nomina heredum induxit?* Corne-«lius Priscianus advocatus Leonis dixit : *Nomina heredum «tantum induxit.* Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: «*Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non «habet.* Priscianus dixit : *Manumisit quosdam, et legata de-«dit.* Antoninus Cæsar, remotis omnibus cum deliberasset, «et admitti rursus eosdem jussisset, dixit : *Causa præsens «admittere videtur humaniorem interpretationem : ut ea dun-«taxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quæ induxit.* «Nomen servi, quem liberum esse jusserat, induxit. Anto-«ninus rescripsit, liberum eum nihilominus fore. Quod vi-«delicet favore constituit libertatis.»

les juges étaient dans l'usage de se faire assister, dans l'examen des procès, par des amis ou par telles autres personnes qu'il leur plaisait d'appeler auprès d'eux. (*Voy.* § 94 et 95.)

Cette coutume, adoptée par les empereurs, fut sans doute la première origine du conseil impérial, qui, plus tard rendu permanent, prit un rang important parmi les autorités de l'empire.

Auguste s'était créé un conseil privé (1). Il le composa des deux consuls, d'un magistrat de chaque grade, et de quinze sénateurs désignés par le sort, qui, renouvelés d'abord tous les six mois, ne le furent ensuite que tous les ans. Les affaires autrefois soumises à la délibération du sénat furent portées à ce conseil, dont les décisions avaient la même force que les sénatus-consultes et les plébiscistes. Une loi sanctionna cette innovation (2).

Les princes ne tardèrent pas à s'affranchir de la nécessité de prendre pour conseillers des gens élus annuellement par la voie du sort, et seulement parmi les sénateurs. Ils firent entrer dans leur conseil leurs fils, leurs parents, les dignitaires de la cour impériale, ainsi que des jurisconsultes qui ne devaient leur élévation qu'au bon plaisir de l'empereur. Souvent même des affranchis entrèrent dans cette assemblée : les Narcisse, les Pallas, les Perennis y dictèrent despotiquement leurs volontés (3).

(1) Dio Cass., LIII, 21.

(2) Dio Cass., LVI, 27.

(3) Naudet, *Changem. opérés, etc.*, t. I, p. 92.

Tous les empereurs eurent un conseil (1); mais ce fut très-probablement Adrien qui donna à cette institution une organisation, sinon permanente, au moins plus fixe et plus digne.

II. C'était principalement pour l'exercice de la juridiction que l'assistance du conseil d'État était utile aux empereurs, tant à cause du grand nombre d'affaires qui ressortissaient du tribunal impérial, que parce que les empereurs ne pouvaient guère, du moins en général, avoir des connaissances suffisantes en jurisprudence (2).

Il est constant que, pour rendre leurs édits et leurs jugements, les meilleurs princes étaient dans l'usage de consulter les jurisconsultes (3) : il est notamment fait mention d'un jugement rendu par Marc-Aurèle, en conseil d'État (*in auditorio*), dans une affaire purement privée (4).

III. Les membres du conseil privé et les dignitaires spécialement attachés au prince furent appelés, suivant un usage des magistrats républicains, ses *amis* et ses *compagnons* (*comites* et *amici*); et ce

---

(1) Dio Cass., LVII, 7; LX, 4. — Sueton., *Tiber.*, 55; *Nero*, 15.

(2) Dio Cass., LIII, 21; LVI, 28. — Sueton., *Octav.*, 35. — Haubold, *de Consist. princip. roman.*, sp. 1 et 2; Lips., 1788-89, in opusc. Acad. ed. Wenck., vol. I; Lips., 1825, p. 187-313.

(3) Spart., *Hadrian.*, 8, 18, 22. — Dio, LXIX, 7. — Aurel. Vict., *Ep.*, 14. — Capit., *Pius*, c. 12; *Marc.*, c. 22. — Ulpian., L. 17, pr. ff., *de Jure patron.*

(4) Ulpian., L. 22, pr., ff., *ad S. C. Trebell.*

n'était pas là un nom purement honorifique, pour marquer l'estime et l'affection du prince : c'était le titre d'une dignité effective, d'une fonction réelle. Ils suivaient l'empereur dans ses voyages et dans ses expéditions ; ils l'aidaient de leurs avis ; ils faisaient auprès de lui un service administratif ou militaire (1).

§ 57. — Préfets du prétoire. (*Voy.* § 105.)

I. Les préfets du prétoire sont une création d'Auguste, qui en établit deux, tirés du rang des chevaliers (2).

Dans l'origine, les préfets du prétoire n'étaient que de simples capitaines des gardes (3) ; ils occupaient, auprès des empereurs, un rang analogue à celui qu'avaient tenu autrefois les *tribuni celerum* auprès des rois, ou les maîtres de la cavalerie auprès des dictateurs (4). Mais cette charge, d'abord si bornée et purement militaire, ne tarda pas à acquérir une importance démesurée. Séjan, sous Tibère, Perennis, sous Commode, cumulèrent tous les pouvoirs civils et militaires. Disposant à leur gré des cohortes prétoriennes, les préfets du prétoire

---

(1) Horat., *Ep.*, I, 8. — Spart., *in Hadrian.*, p. 9, B. — Salm., *ad Spart. in Hadrian.* — Jul. Capit., *in Marc.*, p. 25, E. — Lamp., *in Alexandr.* — Vop., *in Carin.*, p. 253, B.

(2) Dio Cassius, XLII, 24 ; XLV, 10. — Sueton., *Octav.*, 49. — Lydus, *de Magistr.*, II, 6, 14.

(3) Dio Cassius, *loc. cit.*

(4) Arcad. Char., L. unic., ff., *de Offic. præf. præt.* — Pompon. Læt., *de Magistr. rom.*

non-seulement devinrent les premiers personnages de l'empire après l'empereur; mais, véritables maires du palais, ils firent souvent trembler leurs maîtres eux-mêmes (1).

II. Les préfets du prétoire prenaient une part active à toutes les affaires de l'État, ainsi qu'à l'administration de la justice. Ils étaient, en même temps, ministres de la maison impériale, ministres de la police, de la justice, des finances et de la guerre, commandants suprêmes de la garde du prince et généraux des armées; ils contre-signaient les décrets impériaux; ils avaient l'intendance des impôts et la direction des armées, tant pour l'approvisionnement que pour la discipline militaire; ils pouvaient rendre des édits généraux, etc. etc.(2).

La juridiction du préfet du prétoire, douteuse encore sous Marc-Aurèle, devient incontestable sous Alexandre Sévère. Non-seulement ce fonctionnaire prenait part à toutes les affaires judiciaires portées devant le tribunal impérial, soit de l'Italie, soit des provinces (3); mais il formait lui-même

(1) Tacit., *Annal.*, IV, 1, 2; VI, 8, 29, 45. — Dio Cassius, LVIII, 12. — Plutarch., *Galb.*, 8. — Aurel. Victor., *de Cæsar.*, 9. — Herodian., V, 1. — Arcad. Char., L. 1, pr. ff., *de Offic. præf. præt.* — Lydus, *de Magistrat*, I, 14; II, 5, 9.

(2) Plin., *Epist.*, X, 57. — Dio Cassius, LXXII, 9. — Lamprid., *Commod.*, 5. — Zozim., II, p. 441. — Alexander, L. 2, C., *de Offic. præfect. præt. Orient. et Illyr.*

(3) Herodian., IV, 12. — Dio Cassius, LXXV, 15. — Lydus, *de Magistrat.*, I, 14.

une juridiction supérieure : ses arrêts, qui d'abord furent sujets à appel devant l'empereur (1), finirent par être considérés comme au-dessus de toute censure, de toute réformation (2).

Les préfets du prétoire siégaient, de droit, au premier rang, dans le conseil impérial. Les princes leur donnaient quelquefois le titre de *père.*

III. Pendant longtemps, le nombre des préfets du prétoire ne fut pas fixé : il y en eut tantôt un, tantôt deux, quelquefois trois (3). Sous Constantin, il y en eut quatre ; Justinien en créa un cinquième pour l'Afrique (4).

Jusqu'au règne d'Alexandre Sévère, ces fonctionnaires, si puissants et si redoutables, n'étaient pourtant tirés que de l'ordre des chevaliers ; et leur titre paraissait même incompatible avec la dignité sénatoriale (5) ; mais, depuis Alexandre, l'usage fut, au contraire, de prendre les préfets du prétoire parmi les sénateurs (6).

Les fonctions de préfet du prétoire ont été rem-

(1) Herodian., VII, 6. — Dio Cassius, LII, 33. — Paul., L. 40, ff., *de Reb. credit.*

(2) Arcad. Charis., L. unic., § 1, ff., *de Offic. præfect. præt.*

(3) Tacit., *Annal.*, XIV, 51; *Hist.*, IV, 68. — Herodian., I, 9. — Lamprid., *Commod.*, 6.

(4) Justinian., L. 1, C., *de Offic. præfect. præt. Afric.*

(5) Dio Cassius, LII, 24. — Sueton., *Titus*, 6. — Capitol., *Pertus.*, 2. — Lamprid., *Commod.*, 4.

(6) Lamprid., *Alexand.*

plies par les plus grands jurisconsultes, Papinien, Paul, Ulpien.

II. *MAGISTRATS DE ROME.*

§ 58. — Rapports de Rome avec le reste de l'État.

Rome resta la capitale de l'empire, le siége du gouvernement, le centre unique de toutes les affaires importantes. (*Voy.* § 42.)

La centralisation, qui, sous la république, n'avait existé que dans l'ordre politique, s'étendit aux affaires judiciaires et administratives; parce que, de sa nature, le pouvoir monarchique est un pouvoir jaloux, qui veut tout ramener à lui, et qui ne saurait souffrir d'autorité qui ne lui soit subordonnée. Mais, en se renforçant, la centralisation changea de nature: en passant des assemblées du peuple aux mains d'un seul homme, la puissance souveraine cessa d'être immobilisée dans une ville; elle se personnifia dans un homme. En général, les provinces y gagnèrent; car l'empereur, quelle que pût être d'ailleurs sa prédilection pour sa capitale, ne pouvait avoir pour les intérêts de cette ville l'attachement absolu et exclusif qui avait rendu si rude aux nations conquises la souveraineté du peuple-roi.

Quant à l'administration de la justice, Rome continua à se distinguer du reste de l'empire par une organisation spéciale.

§ 59. — Préfet de la ville (*præfectus urbi*). (*Voy.* § 108.)

La charge de préfet de la ville, qui n'était que temporaire sous la république, devint permanente et à vie sous Auguste (1). Bientôt même elle acquit une telle importance, qu'elle fut souvent exercée par les proches parents des empereurs, et par ceux que ces derniers destinaient à l'empire (2).

Le préfet de la ville ne tarda pas à empiéter sur les attributions des autres magistrats; il attira à son tribunal les causes criminelles et tout ce qui concernait la police (3). Sa juridiction s'étendait sur Rome et dans un rayon de cent milles autour de la ville (4).

Il connaissait principalement : 1° des plaintes des esclaves contre leurs maîtres, et réciproquement (5); — 2° de celles des patrons contre leurs affranchis (6); — 3° des causes concernant les banquiers et changeurs des monnaies (7); — 4° des assemblées illicites (8); — 5° de la punition des tuteurs et curateurs (9); — 6° des appels contre les

(1) Sueton., *Aug.*, 37. — Dio Cassius, XLII, 21. — Velleius Paterc., II, 88.

(2) Sueton., *Claud.*, 4; *Nero*, 7.

(3) Ulpian., L. 1, § 12, ff., *de Offic. præf. urb.*

(4) Ulpian., L. 1, pr. et § 4, ff., *de Offic. præf. urb.*

(5) Ulpian., L. 1, § 1 et 8, ff., *de Offic. præf. urb.*

(6) Ulpian., L. 1, § 2 et 10, *eod. tit.*

(7) Ulpian., L. 1, § 9. — Paul., L. 2, *eod. tit.*

(8) Ulpian., L. 1, § 14, *eod. tit.*

(9) Ulpian., L. 1, § 7, *eod. tit.* — § 10, Inst., *de Suspect. tut. vel curat.*

décisions des magistrats de la ville (1), et même, pendant quelque temps, des appels contre les jugements des magistrats des provinces (2); quoique peut-être cette attribution soit postérieure à Dioclétien. — 7° Il rendait des interdits (3). — 8° Enfin, il avait le droit de donner un *judex* et d'organiser un *judicium* (4).

Les arrêts du préfet de la ville ne pouvaient être attaqués que devant le prince (5).

§ 60. — Consuls. (*Voy.* § 43.)

Le consulat ne fut guère, sous les empereurs, qu'un vain titre propre à flatter la vanité de ceux que le prince voulait bien admettre à l'honneur d'être ses collègues en consulat. L'empereur, ou ses fils, ou les grands de sa famille, ou ses affidés et ses créatures, étaient toujours consuls. Les princes devinrent plus superbes dans les derniers temps, et dédaignèrent d'avoir pour collègues de simples particuliers.

Les consuls eurent, sous l'empire, une certaine juridiction volontaire et contentieuse. — 1° *Volontaire* : ils présidèrent à l'affranchissement des es-

---

(1) Constant., L. 17, C., *de Appell.*

(2) Vopisc., *Florian.*, 5, 6.

(3) Ulpian., L. 1, § 6, ff., *de Offic. præf. urb.*

(4) Paul., L. 12, § 1, ff., *de Jud.* — Ulpian., L. 1, pr., ff., *Quis a quo appell.*

(5) Sueton., *Octav.*, 33. — Dio Cassius, LII, 21, 33. — Paul., L. 38, ff., *de Minor.*

claves (1), et furent aussi, pendant quelque temps, chargés de la nomination des tuteurs (2). — 2° *Contentieuse* : Auguste leur attribua, concurremment avec un préteur spécial, la connaissance des fidéicommis (3). D'après l'intitulé de quelques fragments du Digeste, Pothier a conjecturé que les consuls connaissaient aussi des causes où il s'agissait de liberté ou d'aliments (4). Au surplus, la juridiction contentieuse des consuls est attestée par Aulu-Gelle (5) : *Cum Romæ a consulibus extra ordinem judex datus, pronuntiare intra calendas jussus essem.* On ne sait pas bien quel sens il faut attacher ici à ces mots *extra ordinem :* la nomination d'un juge étant la marche ordinaire, ces mots *extra ordinem* se rapportent peut-être à l'intervention même des consuls; et, dans ce cas, le passage d'Aulu-Gelle, loin de présenter le sens que nous venons de lui attribuer, en présenterait un tout opposé. Mais, peut-être aussi cette expression se réfère-t-elle uniquement à l'obligation imposée au juge de prononcer dans un délai (*intra calendas*) plus court que le délai ordinaire.

---

(1) Ulpian., L. unic., ff., *de Offic. cons.*

(2) § 3, J. *de Atil. tut.*

(3) Gaius, II, 278. — § 1, Inst., *de Fideic. hæred.* — Ulp., XXV, 12. — Celsus, L. 29, ff., *de Leg.* 2°. — Sueton., *Claud.*, 23.

(4) Ulpian., L. 14, ff., *de Probat.* ; L. 5, ff., *de Agn. et alend. lib.* — Cf. Alex. Const. 1, C., *si mancip. ita.*

(5) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XII, 13.

§ 61. — Préteurs. (*Voy.* § 44.)

La juridiction prétorienne se maintint d'abord assez bien dans les deux premiers siècles de l'empire. Mais la promulgation de l'édit perpétuel, sous Adrien, ayant fait perdre aux préteurs le pouvoir de publier des édits généraux; et, d'un autre côté, le préfet de la ville et celui du prétoire empiétant chaque jour davantage sur les attributions des préteurs, ceux-ci tombèrent du premier rang qu'ils avaient occupé dans l'ordre judiciaire, et devinrent de simples magistrats locaux, subordonnés au préfet de la ville, jadis leur inférieur. — Enfin, au Bas-Empire, cette magistrature, autrefois si élevée, tomba dans un avilissement complet. (*Voy.* ci-dessus, § 57 et 59, ce que nous avons dit du *præfectus urbi* et du *præfectus prætorio.*)

§ 62. — Édiles. (*Voy.* § 45.)

Cette magistrature alla sans cesse en perdant de son importance: ses attributions passèrent à d'autres magistrats, ou cessèrent entièrement (1). Le droit qu'avaient les édiles de faire donner caution et de condamner à des amendes fut réduit, et ne put excéder certaines sommes (2).

Après le troisième siècle, il n'est plus fait mention des édiles.

(1) Tacit., *Annal.*, III, 55. — Sueton., *Claud.*, 38.
(2) Tacit., *Annal.*, XIII, 28.

§ 63. — Coup d'œil sur les autres magistratures. (*Voy.* § 46.)

I. CENSEURS. — Il ne fut pas nommé de censeurs depuis l'an 730 jusqu'au règne de Claude; et même, depuis cette dernière époque, l'empereur fut toujours l'un des deux censeurs (1). En cette qualité, le prince exerçait un droit de contrôle sur les mœurs des sénateurs et des chevaliers (2). — A partir du deuxième siècle, nous ne trouvons plus de censeurs ; seulement l'empereur prenait encore ce titre quand il procédait à la formation du cens (3). — Plus tard, on essaya, mais sans succès, de rétablir cette magistrature sur ses bases primitives (4).

II. QUESTEURS. — PRÉFETS DU TRÉSOR. — Auguste avait enlevé aux questeurs leur attribution la plus importante, en confiant à deux préfets l'administration du trésor. La nomination de ces préfets fut d'abord laissée au sénat, qui, du reste, ne pouvait les choisir que parmi les préteurs sortant de

(1) Dio Cass., LIV, 2. — Vell. Patercul., II, 95. — Suet., *Claud.*, 16.

(2) Tacit., *Annal.*, XI, 25; XII, 4. Sueton., *Claud.*, 16; *Domitian.*, 8. — Dio Cass., LX, 29; LXII, 13. — Octave avait profité de son autorité pour purger le sénat d'un grand nombre de membres indignes qui y étaient entrés pendant les troubles causés par les guerres civiles. Sueton., *Octav.*, 35. — Dio Cass., LII, 19, 42; LIV, 13, 26; LV, 13.

(3) Dio Cass., LIII, 18.

(4) Trebell., *Pollio Valerian.*, 1, 2.

charge. Dans la suite, ils furent désignés, par la voie du sort, parmi les ex-préteurs : on les appelait *prætores ærarii* ou *ad ærarium*. Cet état de choses dura jusqu'au règne de Claude, qui rendit le trésor aux questeurs (1). — Sous Néron, cette administration fut de nouveau confiée à deux préfets que l'empereur choisissait d'abord parmi les anciens préteurs, puis entre les préteurs en exercice. — Enfin, depuis Trajan, il y eut constamment deux préfets du trésor à la nomination de l'empereur (2).

Outre leurs fonctions administratives, les préfets du trésor avaient une certaine juridiction relativement aux questions fiscales (3).

III. Tribuns du peuple. — Les tribuns subsistèrent jusqu'au cinquième siècle (4); mais leur pouvoir était nécessairement fort réduit (5). Toutefois, leur *intercession* était encore valable contre les dé-

---

(1) Dio Cass., XLIII, 48; LIII, 2, 32; LX, 4, 10, 24. — — Tacit., *Annal.*, XIII, 29. — Sueton., *Octav.*, 36; *Claud.*, 24. — Frontin., *de Aquæduct.*, 100. — Orelli, *Inscript.*, n° 723.

(2) Plin., *Paneg.*, 92. — Sueton., *Claud.*, 24. Dans les *Inscriptions*, ils sont appelés *præfecti ærarii Saturni.*

(3) Plin., *Paneg.*, 36. — Paul., L. 13, pr., et § 1; Jun. Mauritian., L. 15, § 4, 5, 6; Valens, L. 42, ff., *de Jure fisci.* — Ulpian., L. 8, § 19, ff., *de Transact.* — Papinian., L. 12, ff., *de His quæ ut indign.*— Ulpian., L. 2, § 4, ff., *Ne quid in loco publ.*

(4) *Voy.* les intitulés de la L. 12. C. Theod., *de Jurisd.;* et la Novell. Valentin., III, 1, 3.

(5) Tacit., *Annal.*, XIII, 28.

cisions du sénat; et tout particulier pouvait invoquer leur protection (1). Ils étaient choisis parmi les sénateurs (2).

IV. Les vingt-six magistrats inférieurs. — Ces vingt-six magistrats (*Voy.* § 46) furent réduits à vingt, par la suppression des deux curateurs préposés aux chemins des environs de la ville, et par celle des quatre préfets chargés de rendre la justice dans la Campanie (3).

V. Après ces magistratures d'origine républicaine, il faut indiquer ici les noms de quelques autres fonctionnaires de création impériale, savoir : 1° les préfets du trésor, dont il a été parlé plus haut; — 2° les curateurs des chemins, pris parmi les anciens préteurs (4); — 3° les préfets pour la distribution du blé (5); — 4° les curateurs du lit et des rives du

---

(1) Tacit., *Annal.*, XVI, 26; *Histor.*, II, 91; IV, 9. — Plin., *Epist.*, I, 23; IX, 13.

(2) Appian., *de Bell. civ.*, I, 100. — Par exception, les chevaliers arrivaient quelquefois à la dignité tribunitienne, et passaient de là au sénat. — Suetou., *Octav.*, 10, 40. — Dio Cass., LIV, 53; LVI, 27; LX, 11.

(3) Dio Cass., LIV, 26. Les XX *viri* sont cités très-fréquemment. Dio Cass., LX, 5. — Tacit., *Annal.*, III, 29. — Spartian., *Did. Julian.*, 1.

(4) Dio Cass., LIV, 8. — Sueton., *Octav.*, 37.

(5) Dio Cass., LIV, 1, 17; LXXVIII, 22. — Sueton., *Octav.*, 37. Ils sont appelés dans les Inscriptions *præfecti frumenti dandi.*

Tibre (1); — 5° ceux des égoûts et des eaux (2); — 6° ceux des travaux publics (3); — 7° ceux chargés de veiller à la conservation des propriétés de l'État dans les lieux publics (4); — 8° ceux chargés de l'organisation des jeux publics (5).

La plupart de ces fonctionnaires n'étaient que des magistrats inférieurs; et, comme tels, ils pouvaient être actionnés en justice pendant la durée de leurs fonctions, ce qui n'était pas permis à l'égard des magistrats supérieurs (6).

III. *MAGISTRATS D'ITALIE.*

§ 64. — Organisation nouvelle de l'Italie (7).

L'Italie, sans être encore assimilée aux provinces (*V.* § 47, 50 et 51), se rapprocha beaucoup de l'organisation de ces dernières. Les cités italiques furent

---

(1) *Curatores alvei Tiberis et riparum.* Sueton., *Octav.*, 37. — Dio Cass., LVII, 14.

(2) *Curatores cloacarum ; curatores aquarum.* Sueton., *Octav.*, 37.

(3) *Curatores operum publicorum.* Sueton., *Octav.*, 37. — Orelli, *Inscript.*, n. 1506, 3111.

(4) *Curatores locorum publicorum judicandorum.* On les trouve cités dans beaucoup d'inscriptions.

(5) Tacit., *Annal.*, XI, 35 ; XIII, 22. — Sueton., *Caligula*, 27.

(6) Aul. Gell., XIII, 13. — Tit. Liv., III, 55. — Ulpian., L. 2, ff., *de in Jus vocand.;* L. 32, ff., *de Injur.*

(7) *Voy.* ci-dessus § 47, 48, 51, et ci-après § 110.

peu à peu placées, comme les provinces, sous la dépendance des lieutenants de l'empereur; toutefois, leur constitution ne se perdit pas tout à fait; elle se maintint, au contraire, avec quelques modifications, jusque sous les empereurs chrétiens.

Adrien partagea l'Italie en quatre départements, sous la direction d'autant de *consulares*, à l'exception d'un district, qui demeura sous la juridiction immédiate du préteur urbain (1). Sous Marc-Aurèle, des *juridici* remplacèrent les consulaires avec la même puissance, mais avec un rang moins élevé (2). Enfin, Aurélien confia le gouvernement de l'Italie entière à Tetricus, avec le titre de *corrector* (3).

A l'exemple de ce qui se passait à Rome, l'influence du peuple dans les municipes avait diminué, et était passée au sénat; les magistrats n'étaient plus nommés par tous les citoyens, mais par les décurions (*Voy.* § 48) (4).

Les magistratures municipales étaient nominale-

---

(1) Spart., *in Hadr.*, 22. — Capit., *Ant. Pius*, 2. — Appian., *de Bello civili*, I, 38.

(2) Capit., *Marc.*, 11. — Cf. Scævola, L. 41, § 5, *de Fid. libert.* — *Vat. Fragm.*, § 232.

(3) Trebell. Poll., *Trigint. tyran.*, 24. — Il paraît que, dès le temps de Macrin, les gouvernements d'Italie étaient confiés à des correcteurs, bien que cette expression ne se rencontre pas avant Aurélien. Dio Cass., LII, 22; LXXVIII, 22. — Vopisc., *Aurelian.*, 39. — Eutrop., IX, 13. — Aurel. Victor, *de Cæsar*, 35.

(4) Savigny, *l. c.*, § 17 et suiv.

ment les mêmes que sous la république ; mais leur autorité était bien diminuée par l'établissement des lieutenances impériales.

§ 65. — **Magistrats municipaux, appelés aussi maintenant *minores magistratus*. (*Voy.* § 111.)**

I. D'après la loi de la Gaule cisalpine (1), qui peut-être, au reste, ne s'appliquait qu'à cette partie de l'Italie, mais qui est certainement antérieure à l'établissement des lieutenances impériales, voici quelle était la compétence des magistrats municipaux :

1° Le duumvir peut, en général, nommer un *judex* et organiser un *judicium* (2). — 2° Il connaît de certaines affaires, quelle que soit la somme; de certaines autres, et notamment du prêt d'argent, seulement jusqu'à 15,000 sesterces (3). — 3° Il peut *remittere operis novi nunciationem*, ordonner la *cautio damni infecti*, et, en cas de refus, donner l'*actio in factum* (4). — 4° Il ne peut ordonner l'exécution de ses jugements sur la personne (*duci jubere*), ou sur les biens (*bona possideri et proscribi*), qu'autant qu'il s'agit d'un prêt d'argent au-dessous de 15,000 sesterces : dans tous les autres cas, il faut s'adresser au préteur de Rome (5)

(1) *Voy.* ci-dessus page 107, note 4.
(2) *Lex Gall. cis.*, c. 20.
(3) *Ibid.*, c. 21 et 22.
(4) *Ibid.*, c. 19.
(5) *Ibid.*, c. 22.

— 5° Au reste, le duumvir a encore *imperium* et *tribunal* (1).

II. D'après le droit des Pandectes, qui bien certainement s'applique à toute l'Italie, nous trouvons l'autorité des magistrats municipaux bien diminuée :

1° Le duumvir exerce encore une juridiction limitée, mais il n'a plus l'*imperium* (2) : en conséquence, il ne peut plus faire aucun des actes qui appartiennent plutôt à l'*imperium* qu'à la *jurisdictio*, par exemple, la *restitutio in integrum*, la *missio in possessionem* (3), la *cautio* et la *missio* en cas de *damnum infectum*. — 2° Toutefois, cette dernière affaire peut, en cas d'urgence, être renvoyée au magistrat municipal; mais tout le reste, la *missio ex secundo decreto*, et l'*actio in factum* excède sa compétence (4). — 3° Il a cependant cette partie de l'*imperium* qui est inhérente à la *jurisdictio*, comme la *mulctæ dictio* et la *pignoris capio* (5). — 4° Il ne juge qu'en première instance les affaires ordinaires; et l'appel est porté, selon les distan-

(1) Apul., *Met.*, I, 18. — Sueton., *de Clar. orat.*, 6.

(2) Ulpian., L. 3, in fin.; L. 13, ff., *de Jurisd.* — Paul., L. 26, pr.; L. 28; Gaius, L. 29, ff., *ad Municip.* — Ulpian., L. 32, ff., *de Injur.* — Paul., *Sent. recept.*, V, 5 (A), § 1. — *Frag. Vatic.*, § 112.

(3) Paul., L. 26, § 1, ff., *ad Municip.*

(4) Ulpian., L. 1, ff., *de Damn. inf.*; L. 4, *ibid.* — Ulpian., L. 4, ff., *de Jurisd.*

(5) Ulpian., L. 131, ff., *V. S.*; L. 29, § 7, ff., *ad Leg. Aq.*; L. 3, § 1, ff., *de Reb. cor.*

ces, soit devant le préteur de Rome, soit devant le lieutenant impérial du district (1). — 5° Il n'a plus le droit de punir ceux qui méprisent ses décrets (2). — 6° Il peut être cité en justice pendant la durée de ses fonctions (3). — 7° Il n'a plus de tribunal (4). — 8° Il ne peut plus nommer des tuteurs (5). — 9° Enfin, sa juridiction criminelle est tellement bornée, qu'il ne peut infliger, même aux esclaves, que des châtiments légers (6). La juridiction criminelle est maintenant exercée dans un rayon de cent milles autour de Rome, par le préfet de la ville; au delà de cette distance, par les lieutenants impériaux, et par le préfet du prétoire (7).

§ 66. — Magistrats supérieurs en Italie.

1° Les lieutenants impériaux (*consularis, juridicus, corrector*) et le préteur urbain connaissent des appels des jugements rendus par les magistrats municipaux du district. — 2° Ils connaissent, en premier ressort, et à la charge d'appel devant l'empereur, le préfet de la ville ou le préfet du prétoire, des causes dont les magistrats municipaux

(1) L. 1 et 3, C. Theod., *de Reparat. appell.*
(2) Ulpian., L. 1, ff., *Si quis jus dic.*
(3) Ulpian., L. 32, ff., *de Injur.*
(4) Otto, *de Æd. col.,* XIII, § 2.
(5) Ulpian., L. 3, ff., *de Tut. dat.*
(6) Ulpian., L. 12, ff., *de Jurisd.*
(7) *Collat. leg. Mos. et Rom.,* XIII, 3.

ne peuvent pas connaître, notamment des différends entre deux villes (1).

C'est à eux qu'appartiennent exclusivement l'*imperium* et tous les actes qui en sont la conséquence.

IV. *MAGISTRATS DES PROVINCES.*

§ 67. — Organisation nouvelle des provinces (2).

I. Sous les empereurs, le sort des provinces fut beaucoup adouci; et, de même que l'Italie, perdant ses priviléges, tendait à descendre au niveau des provinces; de même celles-ci voyaient s'améliorer leur condition et montaient au niveau de l'Italie.

Le nombre des cités auxquelles était accordé le *jus italicum* alla sans cesse en augmentant; et celles mêmes qui n'obtinrent pas cette faveur virent au moins se développer un système d'administration locale qui se rapprochait, en plusieurs points, du régime des cités italiques. (*Voy.* § 51 et § 64.)

Quoique conçue dans des vues purement fiscales, la constitution d'Antonin Caracalla, en accordant la qualité de citoyens romains à tous les habitants de l'empire, vint encore faciliter le rapprochement et l'assimilation entre le sol conquérant et le sol conquis. Cependant les théories sur la

---

(1) Savigny, *Hist. du Dr. rom. au moyen âge*, § 11.

(2) *Voyez* ci-dessus § 50 et 51 et ci-après § 101 et 107.

propriété du sol provincial continuèrent à être observées pour l'application du droit civil proprement dit, bien qu'elles fussent éludées dans la pratique à l'aide de diverses fictions.

II. Auguste, qui avait vu quel abus des généraux ambitieux pouvaient faire du pouvoir démesuré que leur offrait le gouvernement des grandes provinces, divisa celles qui étaient trop étendues en plusieurs parties; et, dans chacune de ces provinces réduites, il établit une administration particulière. Dans toutes, il s'appliqua à ramener l'administration à une règle uniforme, et surtout à placer les gouverneurs dans un état de subordination qui pût prévenir jusqu'à la tentation d'abuser du pouvoir encore si grand dont ils étaient revêtus.

III. Dans des vues pareilles de domination, quoique sous un autre point de vue, Auguste partagea le gouvernement des provinces entre lui et le sénat (*Provinciæ populi vel senatus.* — *Provinciæ Cæsaris*). — Il abandonna au sénat le gouvernement des provinces qui jouissaient d'une entière sécurité: elles étaient au nombre de quatorze : l'Afrique, la Numidie, l'Asie, l'Achaïe, l'Epire, la Dalmatie, la Macédoine, la Sicile, la Crète, la Lybie Cyrénaïque, la Bithynie, le Pont, la Sardaigne et la Bétique. — Il se réserva le gouvernement de celles qui n'étaient pas encore bien soumises, ou qui, formant les frontières de l'empire, renfermaient toutes les forces militaires de la république : telles étaient l'Espagne Tarragonaise et la Lusitanie, les Gaules Lyonnaise, Aquitaine, Cel-

tique, Belgique, les deux Germanies, la Célé-Syrie, la Phénicie, la Cilicie, Cypre, l'Egypte.

Par ce partage habile, César eut à sa disposition toutes les forces de l'État.

Quant aux provinces qui furent ajoutées depuis à l'empire, elles augmentèrent les départements de l'empereur : de ce nombre furent l'Illyrie, la Mœsie, la Pannonie, la Norique, la Gallo-Grèce, la Lycaonie, la Cappadoce, la Mauritanie, la Bretagne, la Thrace, la Dacie, la Mésopotamie, etc. etc. (1).

IV. Les provinces du sénat se distribuaient par la voie du sort à ceux qui avaient exercé à Rome le consulat ou la préture (2). Ces gouverneurs portaient le nom de *proconsuls*, alors même qu'à Rome ils n'auraient été que de simples préteurs (3).

L'empereur était lui-même le *proconsul* de toutes les provinces qu'il s'était réservées : il y exerçait sa puissance proconsulaire au moyen de lieutenants de son choix qu'il prenait parmi les anciens pré-

(1) Strabo, XVII, p. 1197. — Dio Cassius, LIII, 12, 14. — Sueton., *Octav.*, 47.

(2) D'après un sénatus-consulte ils ne pouvaient accepter le gouvernement d'une province que cinq ans après avoir cessé leurs fonctions à Rome. Dio Cassius, XI, 30, 46, 56; LII, 20, 23; LIII, 14.

(3) Dio Cassius, LIII, 13, 14. — Strabo, XVII, p. 1198. — Sueton., *Octav.*, 47.

teurs, les consulaires (1), et souvent même parmi les sénateurs d'un rang inférieur (2). Ces lieutenants avaient la même puissance civile que les gouverneurs des provinces sénatoriales; et, de plus, ils jouissaient d'une grande autorité militaire, dont les proconsuls étaient complétement dépourvus : aussi, quoique inférieurs en dignité aux proconsuls des provinces sénatoriales, ils leur étaient, en réalité, très-supérieurs en pouvoir.

Les lieutenants de l'empereur, *legati Cæsaris*, furent aussi connus sous les noms de *præsides*, *præfecti*, *proprætores*, *correctores* (3). — Ils étaient secondés dans leurs fonctions par trois légats (*legati*) (4). — Les lieutenants impériaux n'étaient pas institués pour un temps déterminé; ils restaient en fonctions tant que l'empereur ne jugeait pas à propos de les en retirer (5).

V. Le titre de *præsides* est souvent employé comme expression générique, et s'applique même aux proconsuls des provinces sénatoriales; mais

---

(1) Aussi les appelle-t-on *legati prætorii*, ou *legati consulares*. Spartian., *Hadrian.*, 3. — Sueton., *Tiber.*, 41.

(2) Dio Cassius, LIII, 13, 15. — Strabo, XVII, p. 1198.

(3) Papinian., L. 20, ff., *de Offic. præsid.* — Sueton., *Octav.*, 23; *Tiber.*, 41. — Vopisc., *Prob.*, 13.

(4) Strabo, III, p. 253.

(5) Dio Cassius, LIII, 13. — Appian., *de Reb. hisp.*, 102. — Sueton., *Octav.*, 23. — Tacit., *Annal.*, I, 80.

celui de *proconsuls* n'est jamais donné aux lieutenants impériaux (1).

VI. Au reste, ce partage des provinces, déjà altéré sous Auguste, et souvent remanié depuis, ne tarda pas à devenir purement nominal : les empereurs choisirent eux-mêmes les candidats entre lesquels le sort devait désigner les proconsuls. Enfin ils finirent par soumettre les provinces du sénat au même régime que les autres (2).

Les noms de *proconsuls* et de *præsides* subsistèrent encore, mais ils ne distinguèrent plus les délégués et les représentants de deux puissances différentes (3). L'empereur étant devenu maître absolu des provinces du sénat comme des provinces impériales, le *proconsul*, comme le *præses*, fut choisi par le prince, salarié, continué ou révoqué par lui seul. Aussi les proconsuls finirent-ils par réunir le commandement militaire à l'autorité civile, comme les *præsides;* ce qui ne serait certainement pas arrivé, si l'empereur n'avait pas considéré les proconsuls comme ses créatures : c'est ainsi que Maxime, proconsul des provinces sénatoriales d'Afrique, d'Asie et de Bithynie, eut une armée sous ses ordres (4). Réciproquement, nous trouvons,

(1) Macer., L. 1, ff., *de Offic. præsid.* — Sueton., *Claud.*, 17. — Lamprid., *Alex. Sev.*, 46.

(2) Dio Cassius, LIII, p. 14 et 504; LV, 28; LVIII, 23. — Sueton., *Aug.*, 47.

(3) Aug. Campian., p. 312.

(4) Capitol., *Maxim. et Balb.*, p. 168.

dès le temps de Vitellius et d'Othon, des gouverneurs de provinces impériales revêtus du titre de consulaires (1).

Quelques empereurs, cependant, restituèrent quelquefois au sénat la nomination des proconsuls et de leurs lieutenants; mais les transports de joie des sénateurs prouvent clairement que c'étaient là de pures concessions dues à la munificence du prince (2).

VII. L'administration financière dans les provinces sénatoriales était confiée à un questeur, comme du temps de la république.— Dans les provinces impériales, cette administration était dirigée, avec des pouvoirs très-étendus, par un *procurator Cæsaris*, fonctionnaire spécial, indépendant du gouverneur, et qui acquit dans la suite une grande importance (3). Il avait juridiction dans les affaires domaniales (4).

Quelquefois le *procurator* gouvernait la province avec l'autorité de *præses :* tel était Ponce-Pilate en Judée. Cela arrivait le plus fréquemment

---

(1) Tacit., *Histor.*, I, 52, 56.

(2) Lamprid., *in Alexandro.* — Vopisc., *in Prob.; in Flor.*

(3) Dio Cassius, LII, 25; LIII, 15.—Strabo, III, p. 254; XVII, p. 1197. — Capitol., *Anton. Pius*, 6. — *Voyez* au ff. le titre *de Offic. procurat. Cæs.*

(4) Tacit., *Annal.*, XII, 60. — Sueton., *Claud.*, 12. — Ulpian., L. 8, § 19, ff., *de Transact.* — Scævola, L. 21, ff., *de Auct. tut.* — Alexander, L. 2, C., *si adv. fisc.* — Antonin., L. 1, C., *de Jurisd.* — Sever et Antonin., L. 1, et Constantin., L. 6, C., *Ubi caus. fisc.*

pour les petites provinces (1), ou pour les parties éloignées des grandes provinces (2).

Le sénat adjoignait aux proconsuls des lieutenants (*legati*), dont le nombre variait selon l'étendue de la province (3). Cicéron, étant proconsul de la Cilicie, avait quatre lieutenants; son frère Quintus en avait trois comme propréteur de l'Asie (4); le proconsul d'Achaïe n'en avait qu'un seul (5).

Les gouverneurs des provinces impériales choisissaient eux-mêmes leurs lieutenants, sous l'approbation du prince (6): ces lieutenants n'avaient de rapports directs qu'avec le gouverneur, jamais avec l'empereur (7).

§ 68. — Gouverneurs des provinces (*proconsules—præsides*) (8).

Nous avons indiqué, dans le paragraphe précé-

---

(1) Dio Cassius, LX, 9.— Tacit., *Histor.*, I, 11.— Quant à la distinction entre le *procurator* ordinaire et le *procurator vice præsidis*, voyez Papinian., L. 23, § 1, ff., *de Appell.* — Gordian., L. 1, C., *de Pedan. jud.* — Antonin., L. 2, C., *de Pœnis.*

(2) Joseph., *Ant. Jud.*, XVII, 13, 5; XVIII, 1, 1; 2, 2, 3, 1; 4, 2; *de Bell. jud.*, II, 8, 1; 9, 2; 14, 3. —Tacit., *Ann.*, XII, 54.

(3) Dio Cassius, LIII, 13. — *Voyez* au Dig. le titre *de Off. procons. et leg.*

(4) Cicero, *Ep. ad Quint. frat.*, I, 1. — Manut., *in Cicer. ad Fam.*, lib. III.

(5) Dio Cassius, LV, 20.

(6) Camp., p. 344.

(7) Ulpian., L. 6, § 2, ff., *de Offic. procons.*

(8) *Voyez* ci-dessus, § 52.

dent, les différences qui existaient, dans l'origine, entre les proconsuls des provinces sénatoriales et les présidents des provinces de l'empereur ; nous avons dit aussi que peu à peu ces différences s'étaient effacées sous le niveau du despotisme impérial (1).

Le gouverneur exerçait dans la province un pouvoir souverain et absolu, et n'avait d'autre supérieur que l'empereur lui-même (2). Rien ne se faisait sans son ordre (3); il réunissait en sa personne toutes les branches de la juridiction réparties à Rome entre les préfets du prétoire, le préfet de la ville, les consuls, les préteurs, et les autres magistrats de la cité (4): ce qui nous dispense d'entrer dans de grands détails sur ses attributions. Il avait le *jus gladii*, et pouvait condamner à la mort et aux mines; mais il ne pouvait prononcer la

---

(1) Il ne restait plus guère en effet que quelques différences d'étiquette : ainsi le proconsul était SPECTABILIS, et se faisait précéder de *six* faisceaux; le président était seulement CLARISSIMUS, et n'avait que *cinq* faisceaux. (Ulpian., L. 14, ff., *de Offic. procons.* — Dio Cassius, LIII. — Zeno, L. unic., C., *Ut omnes judices.*)— On peut cependant citer une différence plus sérieuse : d'après une constitution des empereurs Honorius et Arcadius, le proconsul pouvait prononcer des amendes jusqu'à six onces d'or ; le président ne le pouvait que jusqu'à deux onces. L. fin., pr., et § 1, C., *de Modo mulct.*

(2) Ulpian., L. 4, ff., *de Offic. præsid.*

(3) Ulpian., L. 9, ff., *de Offic. procons.*

(4) Hermogen., L. 10, ff., *de Offic. præsid.* — Marcian., L. 11, ff., *eod.* — Ulpian., L. 4, ff., *de Offic. procons.*

peine de la déportation sans en référer au prince (1).

Il pouvait connaître, en premier ressort, de toutes les affaires civiles et criminelles qui étaient directement portées à son tribunal; et, en second ressort, des appels contre les décisions rendues, soit par ses lieutenants, soit par les magistrats municipaux (2): dans l'un et l'autre cas, l'appel devant l'empereur était de droit (3).

Le gouverneur n'avait d'autorité que sur les habitants de sa province (4); il ne pouvait sévir contre les étrangers, qu'autant qu'ils commettaient quelque violence ou troublaient la paix publique (5).

Pareillement, il n'avait d'autorité que dans le territoire de son gouvernement; sauf, toutefois, pour les actes de juridiction volontaire qu'il pouvait exercer dès qu'il était sorti de Rome (6).

---

(1) Ulpian., L. 6, § 8, ff., *de Offic. præsid.;* L. 6, § 1, ff., *de Interd. et releg.* — Le texte ne parle de l'intervention du prince que pour la déportation. Il nous semble qu'on doit, *a fortiori*, conclure que l'approbation du prince était nécessaire pour les condamnations à mort et aux mines : cependant l'opinion contraire est généralement adoptée. (*Voy.* notamment Gibbon, *Hist. de la décadence*, tom. IV, pag. 84.)

(2) Sueton., *Aug.*, 33.—Voir, au § 51, ce qui a été dit des cités provinciales.

(3) Ulpian., L. 4, ff., *de Offic. præsid.;* L. 8, ff., *de Offic. procons.*

(4) Paul., L. 3, ff., *de Offic. præsid.*

(5) D. L. 3. — Constantin., L. 1, C., *de Offic. procons.*

(6) Marcian., L. 2, ff., *de Offic. procons.* — Paul., L. 17, ff., *de Manum. vind.;* L. 36, ff., *de Adopt.*

Ses pouvoirs n'expiraient qu'à l'arrivée de son successeur (1).

Les titres du Digeste, *de Officio proconsulis*, et *de Officio præsidis*, contiennent des règles fort intéressantes sur la conduite que devaient tenir les présidents à leur arrivée, et pendant leur séjour dans leur gouvernement. Nos ministres y trouveraient le texte d'excellentes mercuriales pour leurs subordonnés.

§ 69. — Lieutenants du gouverneur (*legati præsidis*).

Nous avons déjà parlé en deux endroits des lieutenants, soit des proconsuls, soit des présidents (§ 53 et 67). Nous avons peu de chose à ajouter ici à ce qui a été dit sur les attributions de ces auxiliaires des gouverneurs.

En ce qui touche l'exercice de la juridiction, nous nous bornerons à rappeler : 1° que, bien que les légats n'eussent pas de juridiction propre, mais seulement une juridiction déléguée (2), néanmoins l'appel contre leurs décisions était porté devant le président, et non devant l'autorité supérieure au président, c'est-à-dire devant l'empereur ; en quoi les légats différaient des autres personnes à qui on pouvait déléguer la juridiction (3); — 2° que, dans

(1) Ulpian., L. 10, ff., *de Offic. procons.* — Celsus, L. 17, ff., *de Offic. præsid.*

(2) Pompon., L. 13, ff., *de Offic. procons.*

(3) Ulpian., L. 1; Venul., L. 2, ff., *Quis a quo appell.*

les cas douteux, le légat ne devait point s'adresser directement à l'empereur, mais au proconsul (1).

Outre la juridiction déléguée, les lieutenants avaient aussi certaines attributions qui leur appartenaient en propre, et notamment le droit de nommer les tuteurs (2).

§ 70. — Procurateurs de César et avocats du fisc.

I. De toutes les branches de la puissance publique, l'administration financière était la seule qui ne dépendît pas entièrement du gouverneur de la province : elle était confiée à des questeurs dans les provinces sénatoriales, et, dans les provinces impériales, à un procurateur de César : *Procurator Cæsaris, Rationalis, Magister rei summæ* ou *rei privatæ* (3). (*Voy.* § 67.)

Il paraît que, même dans les provinces sénatoriales, il y avait aussi un procurateur de César. Pour s'expliquer comment ce fonctionnaire ne faisait pas double emploi avec le questeur, il faut supposer que son rôle, dans les provinces du sénat, se réduisait à celui de simple intendant du domaine impérial (4); tandis que, dans les provinces de l'empereur, il était en outre chargé de la perception de tous les tributs; ce qui faisait dire aux Bretons :

---

(1) Ulpian., L. 6, § 2, ff., *de Offic. procons.*

(2) Licin. Ruf., L. 15, ff., *de Offic. procons.*

(3) *Voyez* au Digeste le titre *de Officio procuratoris Cæsaris vel rationalis.*

(4) Dio Cassius, LIII, 15; LV, 27.

« Nihil profici patientia, nisi ut graviora, tan-
« quam ex facili tolerantibus, imperentur : singulos « sibi olim reges fuisse, nunc binos imponi; e « quibus legatus in sanguinem, procurator in bona « sæviret : æque discordiam præpositorum, æque « concordiam, subjectis exitiosam : alterius manus, « centuriones alterius, vim et contumelias miscere : « nihil jam cupiditati, nihil libidini exceptum : in « prælio fortiorem esse, qui spoliet; nunc ab igna-« vis plerumque et imbellibus eripi domos, abs-« trahi liberos, injungi delectus, tanquam mori « tantum pro patria nescientibus : quantum enim « transisse militum, si sese Britanni numerent (1) ? »

Le pouvoir des procurateurs, d'abord assez restreint, acquit plus tard une grande extension : sous prétexte de soutenir les intérêts du fisc, ils empiétaient sans cesse sur les attributions des gouverneurs : aussi ces deux fonctionnaires étaient-ils presque toujours en guerre (2).

Outre ses fonctions administratives, le procurateur avait juridiction pour toutes les causes qui intéressaient le fisc (3); mais il n'avait pas d'*imperium* (4).

---

(1) Tacit., *Agricola*, 15.

(2) Tacit., *Hist.*, I, 7, 58, 76; III, 12; V, 10; *Agricola*, 9. — Plin., *Hist. nat.*, XXXIII, 6.

(3) Constant., L. 5; — Sever. et Anton., L. 1, et L. 2; — Alexand., L. 4, C., *Ubi causa fisci*. —Diocl. et Max., L. 5, C., *Ubi causa stat.* — Decius, L. 2, C., *eod.*

(4) Antonin., L. 3, C., *Ubi causa fisci*. — Alexand., L. 2,

II. L'empereur Adrien adjoignit au *procurator Cæsaris* un autre fonctionnaire, qui, sous le titre d'*avocat du fisc*, eut pour mission de faire toutes les diligences et les poursuites nécessaires pour soutenir les droits du trésor, soit devant le tribunal du gouverneur, soit devant le procurateur : il était l'agent judiciaire du fisc, dont le procurateur était le directeur et l'administrateur (1).

V. *MAGISTRATS D'ÉGYPTE.*

§ 71. — Organisation particulière de l'Égypte. — *Præfectus Augustalis.* — *Juridicus Alexandriæ.*

L'Égypte, qui fut rédu en province par Auguste, avait une organisation différente de celle des autres provinces. Elle était soumise à un *præfectus augustalis Ægypti*, dont les pouvoirs étaient, en général, semblables à ceux des autres gouverneurs de provinces (2); mais qui n'avait pas le rang d'un véritable magistrat romain (3). — Il avait cependant la *legis actio*, comme branche de la juridiction volontaire (4); et, comme les proconsuls, il

---

C., *de Modo mulct.* — Callistr., L. 3, ff., *de Offic. procur. Cæs.*

(1) Spartian., *Hadrian. Voyez* au Digeste le titre *de Jure fisci*, et les *Sentences* de Paul, livre V, titre 12.

(2) Strabo, XVII, 1, p. 797, ed. Casaub. — Tacit., *Hist.*, I, 11. — Sueton., *Octav.*, 66. — Dio Cassius, LI, 17.

(3) Tacit., *Ann.*, XII, 60.

(4) Modest., L. 21, ff., *de Manum. vind.*

pouvait prononcer des amendes jusqu'à six livres d'or (1).

Vu sa grande importance, Alexandrie formait un district à part. La justice y était rendue par un juge spécial, envoyé de Rome, et nommé *juridicus Alexandriæ* (2). — La juridiction de ce magistrat s'étendait, conjointement avec celle du préfet augustal, sur toute l'Egypte (3). — Il avait aussi la *legis actio* (4) et la nomination des tuteurs (5).

SECTION II.

Des juges ou jurés chargés du jugement définitif des procès.

§ 72. — Origine et ancienneté du jugement par jurés.

Le mot *judices* désigne, en général, les jurés auxquels les magistrats romains renvoyaient la connaissance des affaires, en les investissant du droit de prononcer sentence sur le fond même du litige.

Dès le temps de la république, ces jurés étaient connus sous les noms de *judex unus*, d'*arbiter*, de

(1) Arcad. et Honor. Const., ult. § 1, C., *de Modo mulct.* — *Voyez* Poth., Pand., *de Offic. præf. august.*

(2) Spart., *Sever.*, 17, et au Dig. le titre *de Offic. jurid.*

(3) Gruter, *Inscr.*, p. 372.

(4) Ulpian., L. 1, ff., *de Offic. jurid.*

(5) Ulpian., L. 2, ff., *eod. tit.*

recuperatores, de *centumviri*. Comme l'expression française de *juge* rappelle trop l'idée d'un fonctionnaire public, nous emploierons sans scrupule l'expression moderne de *jurés* : outre qu'il existe une analogie frappante entre les *judices* romains et nos jurés, Cicéron désigne lui-même les *judices* par l'expression de *judices jurati* (1).

Bien que le renvoi de l'affaire par le magistrat, à un ou plusieurs jurés, ait été principalement en usage sous le second système de procédure, c'est-à-dire sous la procédure formulaire (2), il est incontestable, cependant, que le renvoi au juge existait bien avant l'introduction de la procédure par formules, et qu'il ne cessa pas entièrement après l'abolition de ce système par Dioclétien; d'un autre côté, à l'époque même où la procédure formulaire était en vigueur, il arrivait fréquemment que le magistrat, au lieu de renvoyer la décision au juge, statuait lui-même sur le fond.

On ne connaît pas les causes qui firent introduire à Rome le jugement par jurés. Mais on peut conjecturer, avec assez de vraisemblance, que cet usage doit être principalement attribué au petit nombre des magistrats chargés de rendre la justice: sans le secours du jury, les magistrats n'auraient jamais, en effet, pu suffire à l'expédition des affaires (3).

(1) Cicero, *in Rull.*, I, 4.

(2) *Voyez* plus haut, *Notions prélim.*, § 14, 15 et 16.

(3) *Voyez* en outre ce que j'ai dit plus haut des avanta-

Comme nos jurés, les juges romains étaient de simples citoyens; pour juger les procès ils n'avaient d'autre pouvoir que celui qui leur était conféré par le magistrat. Leur mission était essentiellement temporaire, et bornée à la décision de chaque affaire : l'affaire jugée, leurs pouvoirs expiraient de plein droit; et un procès nouveau nécessitait une constitution nouvelle.

Ils avaient à juger, tantôt une question de fait, tantôt une question de droit, souvent l'une et l'autre à la fois. Nous réfuterons dans le livre suivant une erreur fort accréditée, d'après laquelle les juges n'auraient jamais eu à juger que de pures questions de fait.

Quoi qu'il en soit, l'ancienneté du *judex* est établie : 1° par le nom même de l'une des plus anciennes actions de la loi, la *judicis postulatio*; — 2° par la vieille formule rapportée par V. Probus : J. A. V. P. U. D. *Judicem arbitrumve postulo uti des*; — 3° enfin, par le témoignage de Cicéron (1), d'Aulu-Gelle (2) et de Festus (3), qui autorisent à croire que la constitution du *judex* était déjà mentionnée dans la loi des XII Tables (*judex arbiterve, tres arbitri*). Beaufort, et quelques autres, sur la foi de deux passages de Denys d'Halicarnasse, ont sou-

---

ges politiques et techniques de cette institution, § 24 et 25.

(1) Cicero, *de Legib.*, I, 21.

(2) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XX, 1.

(3) Festus, V° *Vindiciæ*.

tenu que la constitution d'un *judex*, pour les affaires civiles, remontait à Servius Tullius et même à Romulus (1).

§ 73. — Diverses classes de jurés.

On peut distinguer en matière civile quatre espèces principales de jurés : le *judex*, l'*arbiter*, les *recuperatores* et les *centumviri*.

Le *judex* est toujours seul, ainsi que l'*arbiter*.

Les Romains eux-mêmes ne paraissent pas s'être rendu un compte bien exact de la différence qui pouvait exister entre le *judex* et l'*arbiter* (2). — Quelques auteurs prétendent que l'*arbiter* était *plébéien*, même à l'époque où le *judex* devait être pris exclusivement dans l'ordre des sénateurs. J'ignore complétement sur quelle autorité ces auteurs fondent cette opinion, à moins que ce ne soit sur le passage de Valère Maxime, où il est dit que M. Porcius Caton fut nommé arbitre, bien qu'il ne fut pas sénateur (3) ; mais c'est là une base bien étroite pour soutenir une conjecture qui me semble contredite par l'ensemble des documents. — Je suis plutôt porté à croire que l'arbitre n'est qu'un juré ordinaire, autorisé à juger d'après certaines règles particulières, et, en général, avec

(1) Beaufort, *Hist. de la Rép. rom.*, liv. V, chap. 2.— Cf. Tigerstr., p. 2, n. 3.

(2) Cicero, *pro Murena*, 12, fin.

(3) Valer. Max., VIII, 2, 1. — Cf. Cicero, *pro Murena*, 12.

un pouvoir plus ample que l'*unus judex* (1). En effet, dans la procédure formulaire, la constitution du juré avait toujours lieu en ces termes, placés en tête de la formule : JUDEX ESTO (2); et il ne paraît pas qu'on se soit jamais servi de la formule ARBITER ESTO : mais le contenu de l'instruction indiquait au juré s'il devrait prononcer comme juge ou comme arbitre (3). — Au surplus, nous avons dit nous-même que les plébéiens choisissaient quelquefois pour arbitres les tribuns du peuple ou les édiles plébéiens ; mais nous avons fait remarquer que c'était là un simple *compromis*, qui différait essentiellement de l'institution conférée par le magistrat. (*Voy.* § 46.)

Ce que nous disons des tribuns et des édiles s'applique à plus forte raison aux *arbitres privés*, auxquels les parties pouvaient remettre la décision de leurs différends (4). Ces arbitres, n'étant point institués par le magistrat, n'avaient pas de carac-

---

(1) *Voyez* ci-après, livre III, chap. 1er, *neuvième division*, ce qui est dit de la différence des pouvoirs du juge selon que l'action est de *droit strict*, *arbitraire*, ou de *bonne foi*.

Festus, V° *Arbiter* : « Arbiter dicitur judex quod totius « rei habeat arbitrium et facultatem. » — *Arbitrium* signifie aussi la sentence prononcée par l'arbitre. Festus, V° *Arbitrium* : « Arbitrium dicitur sententia quæ ab arbitro statui- « tur. »

(2) Cicero, *in Verr.*, II, 12. — Gaius, *Comm.* IV, § 34, 36, 47.

(3) *Voyez* ci-dessus, note 1.

(4) Cicero, *pro Cæcina*, 2 : *Disceptator domesticus*. — *Tuscul.*, V, 41 : *Honorarius arbiter*.

tère public. Non-seulement ils n'avaient aucun pouvoir de contrainte pour forcer les parties à comparaître et à fournir leurs défenses, mais la partie condamnée n'était point, directement du moins, obligée à exécuter la sentence prononcée : aussi le compromis n'avait-il de valeur qu'autant qu'il était accompagné de la stipulation d'une peine (1), contre celle des parties qui, par sa faute, empêcherait l'arbitre de rendre sa sentence (2), ou qui refuserait d'obtempérer à la sentence une fois prononcée (3). La sentence arbitrale n'avait point d'ailleurs les caractères de la chose jugée : elle n'engendrait ni l'*actio judicati*, ni l'*exceptio rei judicatæ* (4).

Enfin l'arbitre privé différait si essentiellement du juré institué par le magistrat sur la désignation des parties, que la loi Julia défendait expressément au juré d'accepter le rôle d'arbitre privé dans la cause pour laquelle il avait été constitué juge par le magistrat compétent (5).

Revenons au juré institué par le magistrat.

Que ce juré fût *judex* ou *arbiter*, il n'en était gé-

---

(1) Ulpian., L. 13, § 1, ff., *de Recept.* — L. 11, § 2 et 3, *eod. tit.*

(2) Ulpian., L. 27, § 4 et 6, ff., *de Recept.* — Paul., L. 30, *eod. tit.*

(3) Scævola, L. 44. — Modest., L. 38. — Ulpian., L. 27, § 2, ff., *de Recept.*

(4) Ulpian., L. 2, ff., *de Recept.* — Antonin., L. 1, C., *eod. tit.* — Maximin., L. 13, C., *de Pactis.* — Cf. Justinian., L. 5, C., *de Recept.*, et Novell. LXXXII, c. 2.

(5) Ulpian., L. 9, § 2, ff., *de Recept.*

néralement donné qu'un seul pour chaque affaire : dans les XII Tables il est bien fait mention de *tres arbitri*, mais on ne sait pas de quels arbitres il est question dans ce passage (1).

Les *recuperatores* étaient toujours plusieurs pour chaque affaire, et formaient une classe à part (2).

Enfin, les *centumviri*, qui jugeaient aussi en vertu du renvoi du magistrat, différaient des précédents, en ce qu'ils formaient un tribunal, sinon permanent, au moins d'une certaine durée; tandis que la mission du *judex*, de l'*arbiter* et des *recuperatores* était toujours temporaire, et bornée à l'affaire qui leur était soumise.

I. DU *JUDEX* PROPREMENT DIT.

§ 74. — Listes annuelles du jury (*decuriæ judicum*).

Dans les premiers temps, le juré était patricien comme le magistrat lui-même : cela est conforme au caractère général de l'époque (*voy.* § 39, 41 et 84), et résulte d'ailleurs de ce que, jusque vers la fin de la république, les juges, tant pour les affaires civiles que pour les affaires criminelles, n'étaient pris que dans l'ordre des sénateurs (3).

(1) Cicero, *pro Roscio*, 4. — Senec., *de Benef.*, III, 7.

(2) Gaius, IV, 46, 104, 105, 109, 141. — Cicero, *in Verr.*, III, 58 f.; *pro Cæcina*, 1, 2, 4, 9, 11, 12, 15, 25, 27, 29 - 32, 36; *pro Tullio*, 1, 8, 9.

(3) Dio Halic., II, 9. — Polyb., VI, 17. — Plaut., *Rudens*, III, 4, 7. — *Voyez* pourtant, ci-après, le § 76.

En 631, la loi Sempronia (de C. Gracchus) transporta les *judicia* du sénat aux chevaliers (1); et, pendant tout le reste du septième siècle, l'importante prérogative de composer les tribunaux fut vivement disputée entre les deux ordres: elle fut successivement, et pour ainsi dire d'année en année, perdue et recouvrée, tantôt par le sénat, tantôt par les chevaliers (2). — En 684, une loi de transac-

---

(1) Plutarch., *Gracch.*, 5. — Appian., *Bell. civil.*, I, 22. — Tacit., *Annal.*, XII, 60.

(2) Voici l'indication de quelques-unes de ces lois: Une première loi Servilia (*Cæponis*) restitua, en 647, les jugements aux sénateurs (Cicero, *Brut*, 43, 86; *de Orat.*, I, 52; *Parad.*, V, 3; *de Invent.*, I, 49. — Tacit., *Ann.*, XII, 60).—En 649, une autre loi Servilia (*Glaucia*) les rendit aux chevaliers (Cicero, *Brut.*, 62; *in Verr.*, *Act.* I, 13. — Frag. *legis Serviliæ*, c. 6 et 7). — En 662, une loi Livia attribua les jugements aux sénateurs et aux chevaliers *æqua parte* (Tit. Liv., *Epitome*, LXXI); — mais cette loi fut rapportée en 664 (Vell. Paterc., II, 13. — Cicero, *de Legib.*, II, 12; *Fragm. orat. pro Cornel.*, I.); et une loi proposée par le tribun M. Plancius Silanus admit en commun aux jugements le sénat, les chevaliers et certains plébéiens (Cicero, *Fragm. orat. pro Cornel.*). — Enfin, la loi Cornelia, loi de réaction aristocratique, rétablit le sénat dans l'ancien privilége de composer exclusivement les tribunaux (Tacit., *Ann.*, XI, 22. — Cicero, *pro Cluentio*, 55. — Ascon., *ad Cic. in Cæcil.*, pr., et § 3. — Vell. Paterc., II, 32); et cet état de choses dura jusqu'à la loi d'Aurelius Cotta.— Cicéron fait souvent mention du changement opéré par la loi Cornelia, et se livre à des plaintes amères contre la corruption du sénat (*in Cæcil.*, 3; *in Verr. Act.* I, 7, 8, 12, 13, 15; *Act.* II, I, 8;

tion, portée par Aurelius Cotta, établit trois décuries de juges (*decuriæ judicum*). La première décurie était composée de sénateurs; la seconde, de chevaliers; la troisième, des tribuns du trésor (1). Pompée conserva les trois décuries, avec quelques changements dans les conditions d'admission (2). J. César supprima la troisième décurie (3); mais, deux ans après sa mort, elle fut rétablie par Antoine, qui la composa de militaires, sans égard au cens qu'ils payaient (4). — Aux trois décuries qu'il avait trouvées établies, Auguste en ajouta une quatrième, *ex inferiori censu,* c'est-à-dire composée de gens qui ne payaient qu'un faible cens, et auxquels on confia le jugement des affaires les moins importantes (*levioribus summis*). Les membres de cette quatrième décurie étaient appelés *ducenarii,* suivant les uns, parce qu'ils n'avaient dans leur fortune que deux cents sesterces, et, selon d'autres, parce qu'ils recevaient un traitement de deux cents sesterces (5). — Caligula ajouta une

---

II, 71; III, 62, 96; V, 69; *pro Roscio Amer.,* 3, 48; *pro Cluent.,* 22, 47, 55).

(1) Vell. Paterc., II, 32. — Tacit., *Annal.,* XI, 22. — Cicero, *in Verr.,* II, 71; III, 96; V, 69. — Ascon., *ad Cicer. in Pison.,* 39; *in Cæcil.,* 3; *pro Cornel.,* in fin.

(2) Ascon., *ad Cicer. in Pison.,* 39; *in argum. pro Milon.*

(3) Sueton., *Cæs.,* 41. — Dio Cass., XLIII, 25. — Plutarch., *Pomp.,* 22.

(4) Cicero, *Philipp.,* I, 8; V, 5.

(5) Sueton., *Octav.,* 32.

cinquième décurie, et ce fut le dernier état du droit (1); car Galba, au rapport de Suétone, refusa d'en établir une sixième (2).

Ces décuries ont une ressemblance frappante avec nos listes du jury. Elles étaient dressées chaque année, publiquement, dans le forum, par le préteur, qui jurait de n'y admettre que les plus gens de bien. Les listes étaient ensuite affichées : de là ces expressions que l'on retrouve si souvent *judices selecti*, *judices in albo relati* (3).

§ 75. — Nombre des jurés à Rome.

Le nombre des jurés a beaucoup varié. Dans l'origine, et quand ils étaient exclusivement tirés de l'ordre des sénateurs, leur nombre était de trois cents. Dans la suite, il augmenta beaucoup (4) : sous Auguste, il y en avait mille (5); et Pline nous apprend que, de son temps, leur nombre s'élevait à plusieurs milliers (6).

---

(1) Sueton., *Caligula*, 16.

(2) Sueton., *Galba*, 14.

(3) Cicero, *pro Cluent.*, 43. — Senec., *de Benef.*, III, 7.

(4) Cicero, *Epist. ad div.*, VIII, 8. —Vell. Paterc., II, 76.

(5) Cicero, *ad Div.*, VIII, 8; *ad Attic.*, VIII, epist. ultim. — Ascon., *ad Orat. pro Corn. L. Servil.*, 6, 7. — Velleius Paterc., II, 76.

(6) Plin., *Hist. natur.*, XXXIII, 7.

§ 76. — A quels procès servaient les jurés inscrits sur les listes.

Il paraît certain que les juges inscrits sur les listes annuelles pouvaient être appelés aussi bien au jugement des affaires civiles (*privata judicia*) qu'à celui des affaires criminelles (*publica judicia*) (1). Cette double mission est au moins incontestable à l'égard des jurés provinciaux (2), et aussi à l'égard des juges de Rome, pour le temps d'Aulu-Gelle (3).

Toutefois, comme les auteurs ne parlent jamais des *judices selecti* qu'à l'occasion des procès criminels, on peut conjecturer que, dans l'origine, c'était seulement pour ce dernier genre de procès que les jurés devaient être pris dans les listes annuelles. Quant aux procès privés, les parties avaient vraisemblablement la faculté de choisir pour juge un citoyen même non porté sur les listes (4).

---

(1) En France, au contraire, le jury n'a été admis que pour les affaires criminelles les plus graves; il a été repoussé pour les affaires civiles. (*Voyez* ci-après, § 90-93.)

(2) Senec., *de Benef.*, III, 7. — Aul. Gell., *Noct. att.*, XIV, 2. — Plin., *Hist. nat.*, præf. — Cf. Ulpian., L. 16, ff., *de Manum. vind.*; — Antou., L. 1, C., *de Vindict.*; — Sueton., *Octav.*, 32.

(3) «Quo primum tempore a prætoribus lectus in judices «sum ut judicia quæ appellantur *privata* susciperem.» Aul. Gell., *l. c.*

(4) Dio Halic., II, 9. — Appian., *Bell. civil.*, I, 22. — Tit. Liv., *Epit.*, LXX.

Il est surtout fort douteux que les *recuperatores* et l'*arbiter* dussent être choisis sur les listes (1).

§ 77. — Choix et nomination du juge.

C'était un principe de droit public incontesté, que le juge devait être agréé par les parties : *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset* (2). — En général, les parties désignaient elles-mêmes le juge (*judicem sumere*) (3) : le magistrat l'investissait du droit de juger (*judicem addicere*) (4). Faute par les parties de choisir un juge, le magistrat le nommait d'office ; les parties pouvaient l'accepter en gardant le silence, ou le récuser sans être tenues d'alléguer aucun motif (*recusare*, *rejicere*, *ejerare*) (5). Enfin, quand les parties

---

(1) *Voyez* ci-après, § 80.

(2) Cicero, *pro Cluent.*, 43.

(3) Ulpian., L. 57, ff., *de Re judic.* — Cicero, *pro Flacco*, 21; *in Verr.*, III, 13. — Pompon., L. 47, ff., *Familiæ erciscundæ.*; L. 21, *Quod vi.* — Le demandeur proposait le juge ou en laissait le choix à son adversaire. Cicero, *pro Q. Rosc.*, 14 et 15; *de Orat.*, II, 70. — Quintil., *Instit. orat.*, V, 6, 6.

(4) Papin., L. 39. — Paul., L. 46. — Pompon., L. 80, ff., *de Judiciis*.

(5) Cicero, *in Verr.*, II, 12; III, 3, 11, 13, 41, 59, 60; *Philip.*, XII, 7; *de Orat.*, II, 70. — Varro, *Ling. lat.*, V° *Ejerare*.

ne pouvaient s'entendre sur le choix du juge, il était désigné par la voie du sort (1).

Au reste, la présence du juge n'était point nécessaire pour la validité de sa nomination (2).

§ 78. — Fonctions. — Excuses. — Incapacités.

Les fonctions de juge étaient une charge publique dont on ne pouvait se dispenser sans une cause légitime d'excuse: *Judicis munus publicum est; qui non habet excusationem, etiam invitus, jüdicare cogitur* (3).

Le juge nommé devait faire valoir ses excuses avant d'avoir pris connaissance de l'affaire (4). Lors même que la cause d'excuse était née après l'acceptation, on ne recourait pas facilement à un autre juge: si, par exemple, l'excuse n'était que temporaire, on préférait attendre que la cause en eût cessé (5).

L'incapacité du juge pouvait provenir d'une triple cause: *natura*, *lege*, *moribus* (6). — Les inca-

---

(1) Plin., *Hist. nat.*, præf.—Cicero, *in Verr.*, II, 12; III, 11, 13, 41.

(2) Papin., L. 39, pr., ff., *de Judic.*

(3) Paul., L. 78, ff., *de Judic.* — Ulpian., L. 13, § 2, ff., *de Vacationib.*

(4) Cicero, *Philip.*, V, 5.—Arcad. Char., L. ult., § 14, ff., *de Munerib.* — Modestin., L. 6, § 8, ff., *de Excus.*

(5) Ulpian., L. 13, § 3, ff., *de Vacationib.*— Paul., L. 46; — Ulpian., L. 18, ff., *de Judic.*

(6) Paul., L. 12, § 2, ff., *de Judic.*

pacités naturelles, physiques ou intellectuelles, étaient la surdité, le mutisme, la démence et l'impuberté. Le mineur de vingt-cinq ans pouvait être juge, pourvu qu'il eût au moins dix-huit ans, ou que, s'il était au-dessous de cet âge, il eût été choisi sciemment par les parties (1). — Les incapacités légales avaient été établies par les *leges judiciorum publicorum*. On cite notamment l'incapacité prononcée contre celui qui a été chassé du sénat (2). — Entre les incapacités fondées uniquement sur l'usage, on doit rapporter celle des femmes et des esclaves (3).

La parenté n'était point une cause d'incapacité (4).

§ 79. — Jurés dans les provinces.

Les gouverneurs des provinces y transportaient habituellement les usages suivis à Rome. Ils formaient des décuries de juges dans les villes où ils devaient exercer leur juridiction : ces décuries portaient le nom de *conventus*, expression qui a en-

(1) Ulpian., L. 57, ff., *de Re judicat.* — D'après la loi Julia (*judiciaria*) nul ne pouvait être contraint de remplir les fonctions judiciaires avant sa vingtième année; mais c'était là une excuse, non une incapacité. Callistr., L. 41, ff., *de Recept.*

(2) Paul., L. 12, § 2, ff., *de Judiciis.*

(3) Paul., *l. c.* — Ulpian., L. 2, ff., *de Re judic.*

(4) Afric., L. 77, ff., *de Judic.* — Gaius, L. 6, ff., *de Recept.*

core plusieurs autres significations, et qui, notamment, désigne aussi les sessions ou assises que le gouverneur allait tenir dans les villes principales de la province (1).

II. *RECUPERATORES* (2).

§ 80. — En quoi ils différaient de l'*unus judex*.

Les *recuperatores* étaient, comme l'*unus judex* et l'*arbiter*, des espèces de jurés auxquels le magistrat renvoyait le jugement définitif des procès. — Mais quelle est leur origine? en quoi diffèrent-ils de l'*unus judex*? Etaient-ils employés seulement pour un certain genre d'affaires? devaient-ils être pris parmi les juges inscrits sur les listes? etc. etc. etc. Sur toutes ces questions, les systèmes les plus divers ont été soutenus par les auteurs. Voici, à notre avis, la conjecture la plus vraisemblable. — L'*unus judex* ne pouvait être donné que pour les procès entre

(1) Festus, V° *Conventus*. — Brisson, *de Verb. signif.*, V° *Conventus.*

(2) Dans les traités qu'ils faisaient avec les nations étrangères, les Romains étaient dans l'usage de convenir qu'il serait établi des juges pour les procès entre romains et étrangers : c'est notamment ce qui arriva pour le *fœdus latinum*, en l'an 261 (Dio Halic., VI, 95). — Ces juges se nommaient *recuperatores* ou *reciperatores* : «Reciperatio est «quum inter civitates peregrinas lex convenit ut res privatæ «reddantur singulis recuperenturque.» (Festus, V° *Reciperatio.*)

citoyens; aussi, quand les relations entre les Romains et les pérégrins devinrent plus fréquentes, on sentit le besoin d'avoir une autorité spéciale pour juger les contestations qui s'élevaient entre les citoyens et les étrangers. Ces juges de nouvelle espèce sont précisément les *recuperatores*. Leur nom vient de ce qu'ils étaient le plus souvent chargés de faire opérer des restitutions (1). Il est positif, au reste, qu'ils jugeaient, comme l'*unus judex*, d'après les instructions contenues dans une formule rédigée par le magistrat (2).

Dans la suite, l'institution des récupérateurs fut étendue aux différends entre citoyens, de façon qu'on donnait, tantôt un seul juge, tantôt des récupérateurs: *Ad judicem recuperatoresve itur*, nous dit Gaius (3), en parlant de la procédure des interdits; et, réciproquement, les procès dans lesquels figuraient des pérégrins purent être portés devant l'*unus judex* (4).

Les jurés inscrits sur les listes décuriales de Rome avaient seuls le titre de *judices;* les jurés provinciaux étaient tous nommés *recuperatores* (5). Ainsi, les cinq sénateurs et les cinq chevaliers qui composaient à Rome le *consilium manumissionis causa*,

---

(1) Festus, V° *Reciperatio.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 46, 185.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 141. — Cicero, *pro Cæcina*, 3, 21; *in Verr.*, III, 11, 28, 60, 68.

(4) Gaius, *Comm.*, IV, § 105.

(5) Apulei., *de Mundo*, in fin.

étaient appelés *judices*, bien qu'ils n'eussent pas à remplir une mission judiciaire proprement dite (1); tandis que les vingt citoyens romains qui, dans les provinces, composaient ce même conseil, étaient appelés *recuperatores*, ou même *peregrini recuperatores*, non pour dire qu'ils étaient eux-mêmes pérégrins, mais dans le même sens qu'on disait *peregrinus prætor* (2).

Et comme, d'un autre côté, tout porte à croire que, lorsqu'à Rome il y avait renvoi à des récupérateurs, ceux-ci pouvaient être pris, même parmi les pérégrins, on peut conjecturer que le mot de *récupérateurs* présente un sens différent, selon qu'il s'agit de Rome ou des provinces. A Rome, les récupérateurs seraient des individus quelconques, citoyens ou non, inscrits ou non sur la liste, et auxquels les fonctions judiciaires n'auraient été conférées que pour cause d'urgence; dans les provinces, les récupérateurs seraient au contraire des citoyens romains, régulièrement inscrits sur les listes de la province. Toutefois, il est possible que, dans les provinces, le mot *recuperatores* eût aussi le même sens qu'il avait à Rome: en d'autres termes, il n'y avait à Rome que des récupérateurs *instantanés;* dans les provinces, il y avait des récupérateurs *inscrits*, et des récupérateurs *instantanés*.

---

(1) Gaius, *Comm.* I, § 20. — Ulpian., *Regul. lib.*, I, § 13; L. 16, ff., *de Manum. vindict.* — Antonin., L. 1, C., *de Vindict.*

(2) Theoph., *Institut.*, I, 6, § 4. — Cf. la note précédente.

§ 81. — En quel nombre et comment ils étaient nommés.

Les *recuperatores* étaient toujours plusieurs pour la même affaire, tantôt trois (1), tantôt cinq (2). Il en fallait vingt pour former le conseil qui, dans les provinces, devait apprécier les motifs des affranchissements (3). — Il ne paraît pas que les récupérateurs dussent nécessairement être pris parmi les personnes inscrites sur les listes annuelles des juges. Le magistrat nommait, pour remplir les fonctions de récupérateurs, les premières personnes qui se trouvaient sous sa main; entre autres textes qui confirment cette opinion, on cite ce passage de Pline : *Nam ut in recuperatoriis judiciis, sic nos in his comitiis, quasi repente apprehensi, sinceri judices fuimus* (4). Souvent même le magistrat choisissait parmi les personnes de sa suite (5).

§ 82. — De quelles causes ils connaissaient.

Cette circonstance, jointe à plusieurs autres documents, a fait conjecturer, avec beaucoup de vraisemblance, que les récupérateurs étaient principalement employés dans les causes urgentes, et

(1) Tit. Liv., XXVI; 48. — Cicero, *in Verr.*, III, 13 et 60.

(2) Tit. Liv., XLIII, 2.

(3) Gaius, *Comm.* I, § 20.

(4) Plin., *Epist.* III, 20. — Cicero, *pro Flacco*, 20. — Tit. Liv., XXVI, 48. — Cf. Senec., *Epist.*, 106.

(5) Cicero, *in Verr.*, II, 13, 32; III, 12, 22, 28, 29, 46, 47, etc.

notamment quand il s'agissait d'actions intéressant la possession. Peut-être même, comme leur nom semble l'indiquer (1), étaient-ils chargés alors, non-seulement de juger le différend, mais encore de mettre la décision à exécution, en rétablissant par la force celui qui avait été dépouillé de sa possession (2).

Dépendait-il de la volonté du magistrat de renvoyer à son gré les parties, soit devant des récupérateurs, soit devant un seul juge?... Le choix entre ces deux classes de jurés était-il abandonné aux parties?... ou bien, au contraire, ce renvoi était-il réglé d'avance par des lois formelles?... Ce sont là des questions auxquelles il est impossible de répondre d'une manière positive dans l'état des documents que nous possédons. Mais, à défaut d'une réponse précise, il n'est pas sans intérêt d'examiner les causes dans lesquelles nous sommes certains que le jugement était renvoyé à des récupérateurs, bien que nous ne puissions dire si, dans ces causes, le renvoi à ces juges était obligatoire, et moins encore si ces cas sont les seuls où le jugement fût confié à des récupérateurs.

Nous savons d'abord que, pour plusieurs actions

---

(1) *Recuperatores* se disait peut-être de cette classe de jurés, comme on disait *recuperatoria* en parlant des interdits qui ont pour but de recouvrer une possession perdue.

(2) Quintil., *Inst. orat.*, VII, 3, 17. — Plaut., *Rud.*, V, 1, 1. — Tit. Liv., XLIII, 2.

formulées dans l'édit, le préteur déclarait qu'il renverrait à des récupérateurs. Cela avait lieu notamment : 1° pour l'*injuriarum actio*, au moins quand l'injure était grave (1); 2° pour l'action *vi bonorum raptorum* (2); 3° pour l'action donnée à la suite de l'interdit *unde vi* (3), et sans doute pour d'autres interdits encore (4). — Nous trouvons aussi le renvoi aux récupérateurs; 4° pour l'action contre l'affranchi qui aurait cité son patron sans la permission préalable du magistrat (5); 5° pour l'action donnée à raison du refus de former le *vadimonium* (6), et sans doute aussi pour les autres actions pénales ayant pour objet de protéger la juridiction (7); 6° pour l'action *de repetundis*, à l'époque, du moins, où cette action constituait une instance privée (8); 7° pour les questions d'état dans lesquelles on réclamait la qualité de libre ou d'ingénu (9); 8° pour les causes dans lesquelles il s'a-

(1) Aul. Gell., XX, 1.—Cicero, *de Invent.*, II, 20; *Auct. ad Herenn.*, II, 13.— Gaius, *Comm.* III, 224.— Paul., *Sentent.*, V, 4, § 7. — *Collat. leg. Mos. et Rom.*, II, § 2. — Ulpian., L. 5, § ult, ff., *de Injur.*

(2) Cicero, *pro Tullio*, 2.

(3) Cicero, *pro Cæcina*, 8.

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 141.

(5) Gaius, *Comm.* IV, § 46.

(6) Gaius, *Comm.* IV, § 185.

(7) Gaius, *Comm.* IV, § 46, 183 et 187.

(8) Tit. Liv., XLIII, 2. — Tacit., *Ann.*, I, 74.

(9) Plaut., *Rudens.*, V, 1, 3 et seq. — Sueton., *Domitian* 8; *Vespas.*, 3.

gissait des intérêts du fisc (*sacræ vel fiscales causæ*) (1); 9° et enfin, probablement, pour celles qui ne présentaient qu'une pure question de fait (2), ou qui requéraient célérité (3).

§ 83. — Procédure devant les récupérateurs.

Il paraît bien constant que la procédure devant les récupérateurs était plus expéditive que celle qui était suivie devant l'*unus judex* : c'est ce qu'il est permis de conclure, tant de la nature des causes qui leur étaient soumises (*voy.* § 82), que de ce passage de Cicéron : « *Recuperatores dare ut* QUAMPRIMUM *res judicaretur* (4)... »; et de celui-ci de Gaius : « *Recuperatoribus suppositis, ut qui non steterit,* PROTINUS *a recuperatoribus... condemnetur* (5). »

L'abréviation consistait probablement en ce qu'on n'observait pas, pour la nomination des récupérateurs, les délais prescrits pour le choix de l'*unus judex* (6).

(1) Lactant., *Inst.*, III, 20. — Sueton., *Nero*, 17.

(2) Tit. Liv., XXVI, 48.

(3) Cicero, *pro Tullio*, 2; *Divin.*, 17. — Gaius, *Comm.* IV, § 185.

(4) Cicero, *pro Tullio*, 2.

(5) Gaius, *Comm.* IV, § 185.

(6) Senec., *Epist.* 106.

III. *CENTUMVIRS.*

§ 84. — Origine, nature et composition du tribunal centumviral.

I. Dans les premiers siècles de Rome, la *justice*, comme les autres pouvoirs de l'État, était exclusivement dans les mains des patriciens et des prêtres, ce qui, à Rome, était une seule et même chose (1). (*Voy.* § 39 et 41.)

---

(1) Nous avons déjà signalé le caractère tout à la fois *aristocratique* et *théocratique* de la société romaine pendant les premiers siècles; mais cette expression *théocratie* exige quelques explications. — Le sacerdoce n'était, à Rome, qu'une fonction publique; et, à ce titre, il ne pouvait appartenir qu'aux seuls patriciens. D'un autre côté, il est certain que, pour les Romains, la religion était bien moins une croyance qu'une institution politique; les prêtres n'étaient que de simples fonctionnaires; le peuple et le sénat conservaient la haute main sur tout ce qui touchait au culte, sans distinction entre le spirituel et le temporel. Ainsi les nobles et les prêtres ne formaient point *deux castes* distinctes : tout prêtre était noble, et tout noble pouvait être prêtre, sans rien perdre des droits et des prérogatives de sa naissance. A l'inverse, tant que les plébéiens furent exclus des fonctions publiques, ils le furent aussi du sacerdoce.

C'est là ce qu'il ne faut jamais perdre de vue quand on veut juger les institutions primitives de Rome. Il faut se garder de transporter à ces temps-là les idées que nous nous faisons aujourd'hui de la *théocratie*. Dans les États modernes, et surtout dans les pays *catholiques*, le clergé a des caractères tout particuliers, qui le distinguent profon-

Le nouveau classement du peuple, la nouvelle organisation des comices établie par le roi Servius Tullius, fut une véritable révolution qui substitua l'aristocratie d'*argent* à l'aristocratie de *naissance* qui, jusque-là, avait dominé sans partage. Cette révolution, qui n'a pas été assez remarquée, ouvrit une large brèche par où les plé-

---

dément des théocraties anciennes, soit indienne, soit romaine.

Par le *célibat*, la *perpétuité des vœux*, et l'*esprit du christianisme*, qui éloigne les prêtres des affaires mondaines (*voy.* § 100), le clergé forme une classe à part, sans former une caste proprement dite; puisque, ne pouvant se perpétuer par lui-même, il est obligé de se recruter dans toutes les classes de la société : sous ce triple rapport, il diffère donc essentiellement de l'ancienne théocratie romaine.

Il en diffère encore sous un autre point de vue très-important, à savoir, par sa *soumission absolue à un chef étranger*, au moins en ce qui touche le spirituel; et chacun sait combien la limite entre le spirituel et le temporel est difficile à fixer ! Cette circonstance fait que le clergé catholique se détache, plus que les prêtres des autres croyances, de la nation à laquelle il appartient : le prêtre catholique est plus prêtre que Français, qu'Espagnol, etc.; il est plus sujet du pape que sujet du souverain temporel sous l'empire duquel il vit : la conduite du clergé français, à l'occasion de la constitution civile de 1790, en offre un exemple mémorable. — Rien de pareil dans les prêtres de Rome : pour être prêtres, ils ne cessaient pas d'être citoyens; le sacerdoce ne classait point à part ceux qui en étaient revêtus; et, sauf quelques exceptions peu importantes, il pouvait être cumulé avec toutes les autres fonctions publiques, civiles et militaires. (*Voyez* Beaufort, *Rép. rom.*, livre I, chapitres III et V.)

béiens purent pénétrer dans toutes les parties du gouvernement : ce fut le germe de leur émancipation, le signal de cette longue lutte qui se termina vers le milieu du cinquième siècle par la victoire de la démocratie. (*Voy.* § 41.)

Dans tous les pays divisés en factions, qui se disputent la prépondérance dans l'État, on a remarqué que, de tous les pouvoirs publics, celui dont les partis sont le plus jaloux est le pouvoir judiciaire, parce que, soit qu'on veuille opprimer les autres, soit qu'on veuille se soustraire à l'oppression, il n'est pas de levier qui donne une action plus directe, plus immédiate, plus prompte sur les autres citoyens, que celui de rendre la justice : on y trouve en même temps l'occasion de servir ses amis et de frapper ses ennemis.

Il n'est donc pas étonnant que, dès les premiers efforts faits par le peuple pour arriver à son émancipation, il ait cherché à se soustraire à la tyrannie que les nobles pouvaient faire peser sur lui, sous prétexte de justice. Telle est probablement l'origine du tribunal centumviral.

Bien qu'il n'existe aucun témoignage direct concernant l'époque à laquelle remonte l'établissement de la juridiction centumvirale, l'ensemble des documents autorise à regarder cette institution comme fort ancienne. On doit même considérer comme n'étant pas dépourvue de vraisemblance, l'opinion de ceux qui rattachent la création du tribunal centumviral à la révolution plébéienne opérée par le roi Servius Tullius. Quelques éru-

dits placent cependant l'origine de ce tribunal à une époque bien postérieure, vers l'an de Rome 512, parce que c'est à cette époque seulement que le nombre des tribus, ayant été porté à trente-cinq (1), put, à raison de trois juges par tribu,

---

(1) Il n'y eut d'abord que *trois* tribus, mais le nombre en fut porté à *trente-cinq* par l'effet de l'accroissement du peuple romain.

Comme cela arrive pour la plupart des anciennes institutions, c'est à Romulus qu'on attribue l'établissement des trois premières tribus. Ce prince y aurait réparti les habitants de Rome, d'après leur origine. La première, dite *Ramnensium*, aurait compris tous les sujets primitifs de Romulus. Dans la seconde (*Tatientium*) auraient été placés les Sabins qui étaient venus s'établir à Rome avec leur roi Tatius. Enfin, dans la troisième (*Lucerum*), on aurait réuni les étrangers qui s'étaient réfugiés à Rome, ou qui avaient été incorporés à l'État par droit de conquête. (Beaufort, *Républ. romaine*, liv. III, ch. I.)

Dans la suite, la population s'étant accrue, Tarquin l'Ancien doubla le nombre des tribus, en conservant à chacune son nom, de manière qu'on les distingua par les dénominations de *prima* et de *secunda*.

Servius Tullius abolit entièrement l'ancienne division, et en établit une nouvelle.

Il partagea la ville en quatre tribus, d'après la situation des différents quartiers (*Suburana, Esquilina, Collina, Palatina*).

Plus tard, on augmenta, en différents temps, le nombre des tribus; car nous en trouvons vingt et une en l'an de Rome 258. (Tit. Liv., II, 21.)

En l'an 367, on en établit quatre nouvelles, qu'on forma des nouveaux citoyens : *Stellatina, Tromentina, Sabatina,*

produire le nombre de *cent cinq*, dont parle Festus. Mais ce raisonnement est loin d'être concluant : en effet, le nom de *centumviri* n'eut jamais qu'une exactitude approximative (1); et de même que, du temps de Pline, les membres de ce tribunal portaient encore le nom de *centumvirs*, bien qu'ils fussent *cent quatre-vingts* (2), de même on peut bien supposer qu'ils portaient déjà ce nom à une époque où, d'après le nombre des tribus, ils auraient été en réalité moins de cent.

Arniensis (Tit. Liv., VI, 5); ce qui en porta le nombre à vingt-cinq.

En 395, on en ajouta deux autres : *Pomptina* et *Publilia*. (Tit. Liv., VII, 15.)

En 421, les censeurs formèrent encore deux nouvelles tribus composées de ceux auxquels on avait accordé le droit de bourgeoisie : *Mæcia* et *Scaptia*. (Tit. Liv., VIII, 17.)

En 435, création de deux nouvelles tribus : *Ufentina* et *Falerina*. (Tit. Liv., IX, 20.)

En 454, établissement des deux tribus *Aniensis* et *Terentina*. (Tit. Liv., X, 9.)

Enfin, en 512, la formation des tribus *Velina* et *Quirina* en porta le nombre à trente-cinq; et ce nombre ne fut jamais dépassé depuis. (Tit. Liv., *Epitom.*, XIX.)

(1) Festus, V° *Centumviralia* : « Centumviralia judicia a « centumviris sunt dicta. Nam quum essent Romæ triginta « et quinque tribus, quæ et curiæ sunt dictæ, terni ex sin-« gulis tribubus sunt electi ad judicandum, qui centumviri « appellati sunt : et licet quinque amplius, quam centum, « fuerint; tamen quo facilius nominarentur centumviri sunt « dicti. »

(2) Plin., *Epist.*, VI, 33 : « ... Sedebant judices centum « et octoginta; tot enim quatuor consiliis conscribuntur. »

Quoi qu'il en soit, il est positif que de même que, pendant plusieurs siècles, l'*unus judex* fut exclusivement patricien, de même le tribunal centumviral fut d'abord purement *plébéien*, en ce sens, au moins, que les membres de ce tribunal pouvaient être pris indifféremment dans toutes les classes de la société. Je ne crois pas, en effet, que les patriciens en fussent formellement exclus; je veux dire seulement que les patriciens, qui pouvaient être appelés à siéger dans ce tribunal, y étaient admis, non par le droit de leur naissance, mais par le résultat de l'élection. Cela me paraît au moins incontestable pour l'époque où les différences entre les patriciens et les plébéiens se furent effacées; car comme l'*unus judex* ne fut plus alors exclusivement patricien, le tribunal centumviral, de son côté, dut cesser d'être uniquement plébéien, et devenir un tribunal national, puisque les trente-cinq tribus comprenaient la nation tout entière.

On ignore si les centumvirs étaient élus par le peuple ou choisis par le préteur; s'ils étaient institués pour une année seulement ou pour un temps plus long. L'analogie me porte à penser que les centumvirs, comme les autres fonctionnaires, étaient nommés par le peuple et pour une année seulement.

Au reste, le tribunal centumviral réunissait au plus haut degré tous les caractères que l'on regarde comme propres au jury: c'était une justice populaire rendue par des hommes qui n'en faisaient point une profession; et, d'un autre côté, le grand

nombre des juges, et surtout leur élection par la masse des citoyens, offraient aux plaideurs toutes les garanties que l'on recherche dans l'institution du jury.

II. Comme les récupérateurs dont nous venons de parler, les centumvirs étaient toujours plusieurs pour juger; mais ils différaient essentiellement des récupérateurs par l'organisation de leur tribunal et par le caractère de la procédure. D'un autre côté, les centumvirs n'étaient point nommés pour chaque affaire: ils constituaient une sorte de tribunal permanent sous la présidence d'un magistrat romain; enfin, ils étaient particuliers à la ville de Rome: les provinces n'avaient et ne pouvaient avoir rien de pareil. Au surplus, les documents qui nous restent sur la juridiction centumvirale sont si incomplets, que l'on peut à juste titre regarder ce qui la concerne comme l'un des problèmes les plus difficiles qu'ait soulevés l'histoire du droit romain.

§ 85. — Organisation du tribunal centumviral.

I. Le tribunal centumviral était divisé tantôt en deux, tantôt en quatre sections, nommées *consilia* ou *tribunalia:*

«... Aut, quum de eadem causa pronunciatum «est, ut in reis deportatis, et assertione secunda, «et partibus centumviralium, quæ in *duas hastas* «divisæ sunt (1).

(1) Quint., *Inst. orat.*, V, 2, 1.

« Etiam si apud alios judices agetur, ut in se-« cunda assertione, aut in centumviralibus judiciis « *duplicibus*... (1).

« Certe quum in basilica Julia diceret primo « tribunali, *quatuor* autem *judicia*, ut moris est, « cogerentur... (2).

« Et eram acturus adolescentulus adhuc; eram « in *quadruplici judicio* (3).

« Proxime quum apud centumviros in *quadru-« plici judicio* dixissem, subiit recordatio, egisse « me juvenem æque in *quadruplici* (4).

« Nam femina... quadruplici judicio bona paterna « repetebat... Nam *duobus consiliis* vicimus, *totidem* « victi sumus (5). »

Chacune de ces sections jugeait-elle séparément avec l'autorité du collége entier, comme cela a lieu chez nous pour les différentes chambres d'un tribunal? — ou bien, au contraire, les centumvirs jugeaient-ils en un seul collége, la division en sections n'ayant d'autre but que de faciliter les délibérations et de compter les suffrages?

La cause était-elle portée successivement d'une section à une autre section, comme cela a lieu chez nous pour les pourvois en matière civile; ou encore, à Rome, dans le tribunal de la *Rota*? —

(1) Quint., *Inst. orat.*, XI, 1, 78.
(2) Quint., *Inst. orat.*, XII, 5, 6.
(3) Plin., *Epist.*, I, 18.
(4) Plin., *Epist.*, IV, 24.
(5) Plin., *Epist.*, VI, 33.

ou bien était-elle portée d'une section au tribunal entier, ainsi que cela a lieu chez nous pour les secondes cassations?

Certaines causes étaient-elles jugées par une ou deux sections, tandis que d'autres ne pouvaient être décidées que par le collége entier?

Sur toutes ces questions, nous en sommes réduits aux conjectures. Pline le Jeune, qui, dans sa correspondance, fait si souvent allusion à ses plaidoyers devant les centumvirs, ne nous fournit pas néanmoins des renseignements assez précis pour qu'on puisse avoir, à cet égard, une opinion bien arrêtée. Le passage déjà cité de la 33e lettre du livre VI : *Duobus consiliis vicimus, duobus victi sumus,* porterait à croire que les membres de chaque section délibéraient séparément; mais que le jugement était, en définitive, rendu conformément à l'opinion qui avait prévalu dans le plus grand nombre de sections (1).

Au reste, même en admettant que les quatre sections délibérassent séparément, il paraît bien certain que la cause n'était plaidée qu'une seule fois en présence de tous les juges; tel me paraît être le sens le plus naturel de ces passages empruntés à Pline le Jeune et à Quintilien : « *Proxime quum apud centumviros quadruplici judicio dixissem...* (2); » et « *Quod agentibus cæteris contumelio-*

(1) Marcell., L. 10, ff., *de Inoff. testam.*

(2) Plin., *Epist.*, IV, 24.

sissimum fuit, laudatum quoque ex quatuor tribunalibus memini (1). »

II. Dans l'origine, le tribunal des centumvirs était présidé et dirigé par les ex-questeurs. Auguste en transféra la direction aux *decemviri litibus judicandis*, dont l'histoire si obscure paraît se lier d'une manière intime à celle des centumvirs (2). Au temps de Pline, nous trouvons ce tribunal présidé par un préteur, mais en présence des décemvirs. Nous rapportons ici deux passages de cet auteur, qui nous ont paru propres à donner une idée de la physionomie du tribunal centumviral.

« Descenderam in basilicam Juliam, auditurus « quibus proxima comperendinatione respondere « debeam. Sedebant judices, decemviri venerant, « observabantur advocati; silentium longum : tan- « dem a prætore nuntius. Dimittuntur centumviri : « eximitur dies, me gaudente, qui nunquam ita « paratus sum, ut non mora læter. Causa dilatio- « nis, Nepos prætor qui legibus quærit. Propo- « suerat breve edictum : admonebat accusatores, « admonebat reos, exsequuturum se quæ senatus- « consulto continerentur. Suberat edicto senatus- « consultum: hoc *omnes, quidquid negotii haberent,* « *jurare prius, quam agerent,* jubebantur, *nihil se ob* « *advocationem cuiquam dedisse, promisisse, cavisse.* « His enim verbis, ac mille præterea, et vænire ad-

---

(1) Quint., *Inst. orat.*, XII, 5, 6.
(2) Sueton., *Aug.*, 36.

« vocationes et emi vetabantur. Peractis tamen ne-« gotiis permittebatur pecuniam dumtaxat decem « millium dare. Hoc facto Nepotis, commotus *præ-« tor, qui centumviralibus præsidet*, deliberaturus an « sequeretur exemplum, inopinatum nobis otium « dedit (1). »

« ... Femina splendide nata, nupta prætorio viro, « exheredata ab octogenario patre, intra undecim « dies, quam ille novercam ei, amore captus, in-« duxerat, quadruplici judicio bona paterna re-« petebat. Sedebant judices centum et octoginta : « *tot enim quatuor consiliis* conscribuntur; ingens « utrinque advocatio, et numerosa subsellia ; præ-« terea densa circumstantium corona latissimum « judicium multiplici circulo ambibat. Ad hoc, « stipatum tribunal, atque etiam ex superiore ba-« silicæ parte, qua feminæ, qua viri et audiendi, « quod erat difficile, et, quod facile, visendi stu-« dio imminebant. Magna exspectatio patrum, magna « filiarum, magna etiam novercarum. Sequutus est « varius eventus : *nam duobus consiliis vicimus, toti-« dem victi sumus.* Notabilis prorsus res et mira : « eadem in causa, iisdem judicibus, iisdem advo-« catis, eodem tempore tanta diversitas accidit « casu quidem; sed non ut casus videretur. Victa « est noverca, ipsa heres ex parte sexta. Victus Su-« berinus... (2). »

---

(1) Plin., *Epist.*, V, 21. — Cf. Valer. Max., VIII, 3, 1.

(2) Plin., *Epist.*, VI, 33.

§ 86. — Du lieu des séances et de l'*hasta*.

I. Les centumvirs siégeaient dans le forum ou dans la basilique Julia (1).

II. On plantait devant le tribunal une lance, *hasta :* de là ces locutions : *hastæ judicium*, *hastæ præesse*, *hastam cogere* (2).

Mais quelle était la signification de cette lance, et surtout pourquoi semble-t-elle un signe spécialement affecté au tribunal centumviral?... Gaius nous apprend que la lance était le symbole de la propriété romaine proprement dite, et qu'elle jouait un grand rôle dans la procédure de la revendication; il ajoute que c'est pour ce motif que l'*hasta* figurait dans le tribunal centumviral : « ... Festuca autem utebantur quasi *hastæ* loco, *signo quodam justi dominii ;* omnium enim maxime sua esse « credebant quæ ex hostibus cepissent. *Unde in centumviralibus judiciis hasta præponitur* (3). »

---

(1) Sueton., *Domit.*, 8. — Plin., *Epist.*, II, 14; V, ult. — Quint., *Inst. orat.*, XII, 5, 6. — Cicero, *de Orat.*, I, 38; *pro Cæcina*, 18. — Martial., *Epigr.*, VI, 38, 6.

(2) Pomponius, L. 2, § 29, ff., *de Orig. jur.* — Val. Max., VII, 8, 1 et 4.—Sueton., *August.*, 36.—Stat., *Silv.*, IV, 4, 43. — Martial., *Epigr.*, VII, 63. — Quint., *Inst. orat.*, V, 2, 1.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 16. — Cicero, *de Offic.*, II, 8, 23. — Juven., *Satyr.*, III, 33. — Florus, II, 6; III, 21. — Vitruv., V, 1. — Cicero, *Philipp.*, II, 26, 40; VIII, 3; *in Rull.*, II, 20. — Sueton., *Cæsar*, 50; *August.*, 24. — Valer. Maxim., VI, 5, 1. — Suivant Festus, V° *Cælibari*, l'*hasta* serait le signe de l'*imperium :* « Quia hasta summa armorum et im-

Quelques auteurs ont voulu en conclure que les centumvirs *connaissaient principalement*, au moins dans l'origine, *des questions de propriété quiritaire;* et que l'*hasta*, placée dans leur tribunal, n'était que le symbole de cette compétence. Mais cette conclusion n'est rien moins que rigoureuse; car les questions de propriété étaient aussi renvoyées à l'*unus judex*, et on ne trouve aucun indice donnant à penser que l'*hasta* fût placée devant ce juge quand il s'occupait de pareilles questions. — Plusieurs autres conjectures plus ou moins ingénieuses ont été proposées; on rappellera seulement ici celle de Tigerstroem, qui prétend que l'*hasta* centumvirale n'est autre que l'*hasta* sous laquelle se faisaient les ventes publiques aux enchères (1). Il en conclut que la mission principale des centumvirs n'était pas de rendre la justice, mais bien de présider aux enchères publiques, soit que les enchères eussent pour objet la vente du butin et autres choses appartenant au domaine national, soit qu'elles eus-

---

«perii est.» — Suivant d'autres, l'*hasta* est le symbole de la guerre. Aul. Gell., *Noct. attic.*, X, 27. — Festus, V° *Hastæ*. — Ovid., *Fast.*, VI, 206.

(1) Les passages relatifs à l'*hasta* des enchères publiques sont fort nombreux. On peut voir notamment : Cicero, *de Offic.*, II, 8, 23; *Philipp.*, II, 26, 40.—Tit. Liv., XXXIX, 44; XLIII, 16. — Sueton., *Cæsar*, 50; *August.*, 24. — Cornel. Nepos, *Attic.*, 6. — Valer. Maxim., VI, 5, 1. — Florus, II, 6; III, 21. — Juvenal., *Satyr.*, III, 33. — Festus, V° *Hastæ*. — Le code contient même un titre spécial *de Fide et jure hastæ fiscalis*.

sent pour objet la location des terres de la république. Cette conjecture, qui ne repose sur aucun texte précis, est d'ailleurs contredite par l'ensemble des sources, et principalement par le passage dans lequel Cicéron énumère les causes centumvirales. — En résumé, il en est de l'*hasta* centumvirale comme de beaucoup d'autres usages anciens, dont les Romains eux-mêmes auraient été peut-être bien embarrassés de désigner exactement l'origine et les motifs : « *Non omnium quæ a Majoribus constituta sunt ratio reddi potest* », dit le jurisconsulte Julien.

§ 87. — Compétence du tribunal centumviral.

On n'est d'accord, ni sur l'étendue de la compétence du tribunal centumviral, ni sur la nature des causes qui pouvaient être portées devant ce tribunal.

I. Quelques-uns ont pensé que les centumvirs ne connaissaient que des causes les plus importantes: ils appuient leur opinion sur la majesté d'un tribunal aussi nombreux, non moins que sur le témoignage positif de Justinien : « *Magnitudo et auctoritas centumviralis judicii, non patiebatur per alios tramites viam hæreditatis petitionis infringi* » (1). — D'autres soutiennent, au contraire, que les centumvirs connaissaient seulement des causes de peu d'importance : ils invoquent plusieurs passages de la correspondance de Pline, où cet orateur nous

(1) Justinian., L. ult., C., *de Petit. hered.*

apprend que les jeunes avocats plaidaient, pour s'exercer, les causes centumvirales; que ces causes étaient *parvæ* et *exiles*; et enfin, qu'il renonce tout à fait à plaider devant ce tribunal, où l'on est sans cesse troublé par le bruit et par les cris (1). — Ces témoignages contradictoires peuvent se concilier par cette remarque, que l'importance du tribunal centumviral a sans doute varié avec le temps et les circonstances. On comprend, par exemple, qu'au temps de Pline, ce tribunal, dont la constitution populaire rappelait l'antique liberté, avait dû participer à l'abaissement dans lequel étaient tombées toutes les autorités d'origine républicaine; et peut-être pourrait-on rapporter à ce que nous venons de dire, ce passage dans lequel Suétone, en parlant de Domitien, nous dit: « *Plerumque et in foro, pro tribunali, extra ordinem, ambitiosas centumvirorum sententias rescidit* (2). »

Au reste, il faut bien que ce tribunal ait eu une certaine importance, puisque Paul avait écrit sur ce sujet un ouvrage spécial.

II. Quoi qu'il en soit, il est incontestable que les centumvirs avaient une compétence assez étendue en matière civile. Il existe même, à cet égard, un passage célèbre de Cicéron, qui paraît contenir l'énumération des causes centumvirales: « Nam volitare in foro, hærere in jure ac prætorum tribunalibus; judicia privata magnarum rerum obire, in

(1) Plin., *Epist.*, II, 14.
(2) Sueton., *Domit.*, 8.

« quibus sæpe non de facto, sed de æquitate et de « jure certetur. Jactare se in causis centumviralibus, « in quibus *usucapionum*, *tutelarum*, *gentilitatum*, « *agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum*, « *mancipiorum*, *parietum*, *luminum*, *stillicidiorum*, « *testamentorum ruptorum aut ratorum*, cæterarum-« que rerum innumerabilium jura versentur; cum « omnino *quid suum*, *quid alienum*, quare denique « *civis aut peregrinus*, *servus aut liber* quispiam sit, « ignoret, insignis est impudentiæ (1). »

Au premier abord, cette énumération semble tellement élastique qu'on se demande quelles causes pouvaient se trouver hors de la compétence des centumvirs. Toutefois, en y regardant de plus près, on remarque : 1° Que dans cette énumération ne figurent, ni les actions *prétoriennes*, ni même les actions civiles *in personam;* — 2° Que toutes les matières énumérées par Cicéron peuvent être ramenées à ces trois ordres de questions : questions de *propriété* (*usucapionum, alluvionum, circumluvionum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum*); — questions relatives à l'*hérédité* (*testamentorum ruptorum aut ratorum*); — questions d'*état* (*tutelarum, gentilitatum, agnationum, nexorum*). Il est vrai que Cicéron ajoute *cæterarumque rerum innumerabilium;* mais il est probable que, par ces mots, il fait seulement allusion à des *espèces* rentrant dans les trois genres ci-dessus, et non point à d'autres *genres* de causes. Cette manière de voir me semble

(1) Cicero, *de Orat.*, I, 38.

confirmée par la fin du passage où l'auteur, résumant son énumération, la ramène lui-même à ces deux chefs principaux (1) : questions de *propriété* (*quid suum? quid alienum?*), et questions d'*état* (*civis aut peregrinus? servus aut liber?*). — J'ai rangé les questions de *tutelle*, de *gentilité* et d'*agnation* dans les questions d'état : on pourrait également les faire rentrer dans les questions de succession. — Quant au mot *nexorum*, quelques auteurs ont cru que cette expression indiquait les *obligations*, et par conséquent les actions personnelles. Le mot *nexus* désigne quelquefois, en effet, surtout dans les écrivains de l'époque de Cicéron, le rapport de droit qui, plus tard, fut exprimé par le mot *obligatio;* et toutefois, j'ai de la peine à croire que tel soit le sens que lui donne ici notre auteur. D'abord, il serait assez singulier que, dans un passage où il énumère avec tant de complaisance les diverses espèces de questions de propriété, Cicéron ne consacrât qu'un seul mot à une matière aussi considérable que l'est celle des obligations. On ne comprendrait pas mieux pourquoi ce mot se trouverait justement placé au milieu de l'énumération relative à la propriété, entre *circumluvionum* et *mancipiorum*. Il serait bien surprenant, en outre, que, de tous les passages assez nombreux des auteurs classiques où il

(1) Bien que j'admette trois chefs, je ne suis pas pour cela en opposition avec Cicéron; car les questions relatives à l'*hérédité* peuvent être rangées dans les questions de *propriété*, quand on prend ce dernier mot *lato sensu*. (*Voyez* § 2, Inst., *de Reb. corp. et incorp.*)

est question des centumvirs, celui-ci fût le seul où se fût conservée la trace de la compétence du tribunal centumviral pour les actions personnelles, tandis que toutes les autres causes, comprises dans l'énumération de Cicéron, se retrouvent mentionnées dans d'autres textes (1). Enfin, et ceci me semble décisif, les *obligations* ne sont rappelées, ni directement, ni indirectement, dans le résumé que l'auteur a placé à la fin de son énumération. — Je crois donc plutôt que, par ce mot *nexorum*, Cicéron veut désigner les débiteurs qui se donnaient en gage à leurs créanciers (*mancipatio fiduciæ causa*), et qui se soumettaient par là à un esclavage conditionnel (2). Deux considérations me confirment dans cette idée : d'une part, le mot *nexorum* est placé par Cicéron immédiatement avant *mancipiorum ;* et, d'autre part, d'après l'idée que je me fais de l'origine plébéienne du tribunal centumviral, il me paraît naturel que les débiteurs assez malheureux pour hypothéquer ainsi leur pro-

(1) *Voyez* notamment : 1° pour les *tutelæ*, *gentilitates*, et *agnationes :* Quint., *Inst. orat*, IV, 2, 5.—Cicero, *de Orat.*, I, 39. — 2° Pour les *successions :* Valer. Maxim., VII, 7, 1 et 2; VII, 8, 1; IX, 15, 5. — Plin., *Epist.*, V, 1; VI, 33. — Quint., *Inst. orat.*, III, 10, 3; IV, 2, 5; VII, 4, 11.— Cicero, *de Orat.*, I, 39, 56, 57; *Brut.*, 39, 52; *de Lege agraria*, II, 17.— Paul., *Recept. sentent.*, V, 16, 2. — Papinian., L. 76, ff., *de Legat.*, II. —Justin., L. 12, C., *de Petit. hered.;* L. 4, C., *de Lib. præter.*— 3° Pour le droit de *propriété :* Cf. Gaius, *Comm.* IV, 95.

(2) Nous reviendrons sur les *nexi* dans le livre II, chapitre I, en parlant de la *manus injectio*.

pre personne, eussent été placés sous la protection d'un tribunal populaire, comme était celui des centumvirs. (*Voy.* le § 84.)

III. Cette dernière considération semble aussi justifier l'opinion de ceux qui pensent que la juridiction centumvirale comprenait non-seulement les affaires *civiles*, mais encore les affaires *criminelles;* opinion qui, si elle était vraie, tendrait à faire considérer le tribunal centumviral comme une sorte de grand *jury national.* Mais si cette manière de voir était exacte, comment une institution de cette importance n'aurait-elle pas laissé plus de traces dans les documents historiques de l'ancienne Rome? comment surtout Cicéron n'en aurait-il fait aucune mention dans le passage où il énumère les causes centumvirales?

Voici, du reste, à peu près les seuls témoignages que l'on puisse invoquer à l'appui de la compétence criminelle des centumvirs.

« Nam omnis hæc quæstio, an huic *delicto* pater « debuerit ignoscere, et centumviri tribuere de- « beant veniam... (1). »

« Quodsi non prodest, et honesti gratia nulla
« Redditur, at *nullum crimen* adeptus eram.
« Nec male commissa est nobis fortuna reorum,
« Lisque *decem decies* inspicienda *viris* (2). »

« ...Quibusdam judiciis, *maximeque capitalibus*,

(1) Quint., *Inst. orat.*, VII, 4, 20.
(2) Ovid., *Trist.*, II, 91 et seq.

« ut (*al.* aut) *apud centumviros*, ipsi judices exigunt « sollicitas et accuratas actiones... (1).

« Nam in quodam *judicio centumvirali*, quum di- « ceretur jurisjurandi conditio aliquando facta ab « adversario, induxit ejusmodi figuram, *qua illi* « *omnia crimina* retegeret (2). »

« *Accusatores* postularunt mulierem;
« Romamque pertraxerunt ad *centumviros* (3). »

A l'appui de cette opinion, on peut encore alléguer quelques autres passages, moins explicites pourtant, de la correspondance de Pline (4); et toutefois, le sentiment opposé est professé par plusieurs historiens-jurisconsultes, et notamment par notre savant contemporain M. Bethmann-Hollweg, de Berlin (5).

Peut-être pourrait-on concilier ces opinions contradictoires, en disant que, dans l'origine, le tribunal centumviral était en même temps tribunal civil et tribunal criminel; et qu'il fut réduit au rôle de simple tribunal civil à l'époque où furent établies les *quæstiones perpetuæ* (6)?

---

(1) Quint., *Inst. orat.*, IV, 1, 57. — Quelques manuscrits portent *aut* au lieu de *ut;* ce qui change le sens de ce passage.

(2) Senec., *Controvers.*, III, 15.

(3) Phædr., *Fabul.*, III, 10, 34.

(4) Plin., *Epist.*, I, 5, 4; V, 21; VI, 12.

(5) Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. B. 5, H. 3, p. 363.

(6) On reviendra sur cette question dans la seconde partie de ces *Études*, où il est traité de l'organisation des *tribunaux criminels.*

IV. Une autre question non moins intéressante, sur le tribunal centumviral, est celle de savoir s'il dépendait des parties de se faire renvoyer, soit devant l'*unus judex*, soit devant les centumvirs. — Gaius le donne à entendre (1); et son témoignage est confirmé par Pline le Jeune, qui nous apprend que les parties pouvaient convenir de porter leur affaire devant les centumvirs : « Post hoc ille cum « cæteris *subscripsit centumvirale judicium*, mecum « non subscripsit (2). »

§ 88. — Procédure introductive au jugement centumviral.

I. Avant de comparaître devant les centumvirs, les parties devaient remplir devant le préteur les solennités de la *legis actio* (*voy.* § 14); et il continua d'en être ainsi, même après que la procédure formulaire eut remplacé celle des actions de la loi. Les témoignages qui établissent ce point sont fort nombreux.

« Res delata est ad centumviros quum miles do« mum revenisset, egissetque *lege* in hereditatem « paternam (3).

« ... Bonorum adolescentis possessionem ei dedit, « heredesque *lege* agere passus non est (4).

« Tantum ex duabus causis permissum est inter« dum *legis actionem* facere : lege agere damni in-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 31 et 95.
(2) Plin., *Epist.*, V, 1.
(3) Cicero, *de Orat.*, I, 38 (39).
(4) Valer. Maxim., VII, 7, 5.

« fecti : et si *centumvirale* judicium fuerit provoca-« tum; ideo quum ad centumviros itur, *ante lege* « *agitur sacramento* apud prætorem urbanum vel « peregrinum... (1). »

« Cæterum si apud *centumviros* agitur, summam « sponsionis non per formulam petimus, sed per « *legis actionem;* sacramento enim reum provoca-« mus, eaque sponsio sestertiorum CXXV nummo-« rum fit... (2). »

II. J'ai déjà dit (§ 16) que je ne pensais pas que le préteur délivrât une formule aux plaideurs qui devaient comparaître devant le tribunal centumviral : il me semble en effet que, dans tous les documents, la procédure *per legis actionem* et la procédure *per formulam* sont constamment mises en opposition (3). A cette observation, qui à elle seule est décisive, il faut ajouter que, le tribunal centumviral étant présidé par le préteur, ce magistrat n'avait pas besoin de tracer d'avance aux centumvirs la marche qu'ils auraient à suivre dans l'instruction de l'affaire.

Au reste, la seule action de la loi dont il soit question à l'occasion du tribunal centumviral est l'*actio sacramenti* (4) : il est positif, en effet, que

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 31. — Cf. *ibid.*, § 16, in fin. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XVI, 10. — Cicero, *in Verr.*, I, 45.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 95. — Cf. Valer. Maxim., VII, 7, 2; VII, 8, 1.

(3) Ulpian., *Regul.*, XXV, 12. — Gaius, *Comm.* IV, 30, 95, et II, 278.

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 95. — Cf. *ibid.*, § 46 et 31.

dès les temps les plus anciens, la *condictio* et la *judicis postulatio* se portaient devant l'*unus judex* (1).

§ 89. — Chute du tribunal centumviral.

Le tribunal centumviral paraît avoir existé jusqu'à l'abolition de l'*ordo judiciorum;* mais il dut tomber par suite des réformes profondes opérées par Dioclétien et par Constantin dans toutes parties de l'administration de l'empire. Ce qui est positif, c'est que, sous les empereurs chrétiens, nous ne trouvons plus aucun vestige, ni des centumvirs, ni des décemvirs, au moins comme institution encore existante : Justinien en parle même positivement au prétérit : « Magnitudo et auctoritas « centumviralis judicii non *patiebatur*... (2). »

§ 90. — Digression sur cette question : Pourquoi le jury n'a pas été admis en France dans les affaires civiles.

Ainsi, à Rome, comme en Angleterre et aux États-Unis d'Amérique, le jury avait été admis, aussi bien pour les procès civils que pour les procès criminels. Il en a été autrement en France. Le

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 12, 15, 18, et 20.

(2) Justinian., L. 12, C., *de Hered. petit.* — Il est encore fait mention des centumvirs dans la L. 4, C., *de Lib. præt.*, qui est du même empereur, ainsi que dans plusieurs fragments insérés au Digeste : Marcell., L. 10; Scævola, L. 13; Papinian., L. 15, § 2; Paul., L. 17, ff., *de Inoff. testam.*. — Paul., L. 30, ff., *de Lib. legat.;* Papinian., L. 76. ff., *de Legat.* 2°.

jugement par jurés a été accepté sans difficulté, on peut même dire avec une faveur marquée, pour les affaires criminelles; mais, quand il s'est agi de l'étendre aux matières civiles, cette institution a été presque universellement repoussée. — Cette répulsion peut-elle se justifier par de bonnes raisons? n'est-elle, au contraire, que le produit du préjugé et de l'irréflexion? C'est là une question bien grave et dont l'examen exigerait des développements qui nous sont interdits par le cadre de ce livre. Toutefois, après avoir signalé les vices de notre organisation judiciaire en matière civile, et avoir manifesté assez clairement notre préférence pour le système romain (*voy.* § 24 et 25), on nous pardonnera d'examiner, dans une courte digression, les causes de l'opposition si vive qu'a rencontrée chez nous l'extension du jury au jugement des procès civils.

Quand, vers le milieu du siècle dernier, Montesquieu fit connaître au continent le mécanisme des institutions anglaises, celle du jury acquit promptement une faveur et une popularité que ne justifiaient que trop les vices et les abus de notre ancienne procédure criminelle. Mais si les philosophes, qui donnaient le ton à ce siècle, et qui préparaient par leurs écrits la grande rénovation de 1789, étaient parfaitement en état de comprendre la nécessité d'une réforme dans notre législation criminelle, il s'en fallait de beaucoup qu'ils fussent dans d'aussi bonnes conditions relativement aux réformes à accomplir dans l'ordre du

droit civil. Les écrits de Montesquieu, de Beccaria, de Filangieri, de Dupaty, de Servan, les procès déplorables de Calas, de Sirven, de Lally-Tollendal et du chevalier de Labarre avaient vivement préoccupé les esprits, et les avaient préparés aux idées de réforme en matière criminelle. Mais la procédure civile, qui par sa nature même agit peu sur l'imagination, était restée en dehors de ce mouvement. Cette partie de nos institutions judiciaires était à peu près inconnue des philosophes; et, quant aux hommes de pratique et de barreau, qui seuls auraient pu la juger, ils sont, en général, peu amateurs des réformes, soit que leur expérience leur en fasse mieux apercevoir les difficultés, soit que l'habitude et une longue pratique finissent par nous familiariser tellement avec les objets, que nous cessions d'en apercevoir les difformités les plus saillantes.

Toutefois, quand Sieyes et Duport proposèrent à l'Assemblée constituante l'établissement du jury en matière civile, cette proposition obtint d'abord l'approbation de la plus grande partie de l'assemblée; mais, combattue vigoureusement par Tronchet, faiblement défendue par Thouret, elle finit par succomber; et, le 30 avril 1790, fut rendu un décret ainsi conçu :

« L'Assemblée décrète : 1° qu'il y aura des jurés « en matière criminelle; 2° qu'il n'en sera point « établi en matière civile. »

Depuis ce temps, quelques rares publicistes ont essayé de ramener l'attention sur cette importante

question ; mais leur voix a été couverte par une opposition presque unanime. Je n'ai pas la prétention d'apporter dans ce débat beaucoup de lumières nouvelles ; je me bornerai à rappeler succinctement les raisons principales qui ont fait repousser le jury civil, en mettant en regard les motifs qui me portent encore à douter.

§ 91. Suite du même sujet. — Examen des objections contre le jury civil.

I. *Première objection.* — « Des jurés sans expé« rience des affaires judiciaires, et qui ne seront « appelés qu'accidentellement à juger les procès, « ne peuvent avoir, pour découvrir la vérité, la « même aptitude que des magistrats qui font de « la justice une profession spéciale, qui connais« sent toutes les ruses de la chicane, toutes les « ressources de la mauvaise foi. »

1° Si cette objection était aussi bien fondée qu'elle paraît l'être au premier abord, ce n'est pas seulement le jury civil qu'il faudrait proscrire : il faudrait aussi détruire le jury criminel ; car, dans ces termes généraux, la même raison s'applique à l'un et à l'autre : et pourtant, au moins de ce côté du Rhin, on ne conteste plus guère aujourd'hui l'utilité du jury en matière criminelle.

2° Allons plus loin. Est-il donc bien certain que des magistrats aient plus de chances de découvrir la vérité que de simples jurés ?

Il est bien entendu que nous ne voulons sou-

mettre au jury que de pures *questions de fait* (*fecitne? annon fecit?*), et que nous réservons, dans tous les cas, la décision des *questions de droit* à des hommes initiés à la connaissance des lois par des études spéciales.

Mais, pour les *questions de fait,* il ne me paraît nullement démontré que des magistrats permanents, des jurisconsultes, soient dans de meilleures conditions que des jurés pour en décider; car si l'habitude et l'exercice ont leurs avantages, ils ont aussi leurs inconvénients.

Et d'abord, il est malheureusement trop certain que, dans l'ordre intellectuel aussi bien que dans l'ordre physique, nous finissons par nous blaser sur tout ce qui devient pour nous l'objet d'une occupation journalière. L'homme qui, par état, est obligé de siéger tous les jours plusieurs heures dans un tribunal, ne peut apporter à l'examen de chaque affaire cette vigueur, et, si je puis m'exprimer ainsi, cette fraîcheur d'attention qu'y donne tout naturellement celui qui n'est appelé que de loin en loin à décider des intérêts de ses concitoyens. Pour le juré, une telle mission a tout le piquant de la nouveauté, tout l'attrait de l'importance que doit donner à sa personne le rôle élevé qu'il va remplir à la face du pays; et il attachera, en général, d'autant plus de prix à se bien acquitter de ses fonctions qu'il sera moins souvent appelé à un tel honneur. — D'ailleurs, les jurés peuvent concentrer toute leur attention sur une seule affaire; tandis que les juges permanents

sont naturellement distraits par le souvenir des affaires dont ils viennent de s'occuper (1).

Voici une autre considération qui ne mérite pas moins l'attention (2).

L'esprit humain n'a point assez de vigueur pour

---

(1) Cet inconvénient est encore singulièrement aggravé dans la plupart de nos tribunaux par un usage généralement adopté et qui a toujours été inexplicable pour moi, tant il me semble contraire à la plus simple raison.

Le rôle est arrangé de telle façon que la même affaire ne peut être appelée que de huit jours en huit jours. Ainsi, quand un procès est de nature à occuper plusieurs audiences, la discussion se trouve morcelée : par exemple, le demandeur plaide le 1er du mois ; le défendeur répond le 8 ; le demandeur réplique le 15 ; le défendeur dit son dernier mot le 22 ; enfin, le ministère public donne ses conclusions le 29. Ce n'est pas tout : l'empêchement d'un juge ou d'un avocat, à l'un de ces jours indiqués, porte bien souvent à quinze jours, trois semaines et un mois l'intervalle qui sépare l'une de l'autre les diverses parties de la discussion. Cela se voit tous les jours au tribunal de la Seine et à la Cour royale de Paris. Cependant, le cours de la justice ne peut être pour cela interrompu ; et il faut bien que, pendant ces remises sans fin, le tribunal expédie les affaires courantes... Or peut-on raisonnablement espérer que les magistrats posséderont une mémoire assez *localisée* pour retenir et comparer les éléments d'une discussion ainsi morcelée et disséminée à de longs intervalles ; quand d'ailleurs la préoccupation d'un grand nombre d'autres affaires, qui se croisent et se heurtent dans l'esprit du juge, vient chaque jour effacer les traces qu'ont pu laisser, dans ses souvenirs, les arguments produits de part et d'autre par les avocats des parties ?

(2) Nous avons entendu tout récemment M. Rossi développer cette seconde considération avec une admirable élévation de pensée et d'expression. — M. Rossi n'est pas

embrasser un grand nombre d'individualités; il se perd au milieu des faits spéciaux, et n'a bientôt plus de chacun d'eux que des perceptions confuses: de là notre tendance à généraliser; et cette tendance, qui accuse l'infirmité de l'intelligence de l'homme, atteste en même temps sa force et sa puissance, puisqu'en définitive, *science c'est généralisation.* — Toutefois, cette prédisposition a ses inconvénients: elle conduit à l'esprit de système; et l'esprit de système, qui est la corruption d'une qualité de notre intelligence, offre des dangers graves, surtout quand il s'agit de l'administration de la justice. On trouve des rapports, de la ressemblance, de l'homogénéité entre des faits en réalité très-dissemblables; avec l'orgueil et la présomption que la science inspire à notre pauvre nature, on se hâte de rapprocher, de comparer, d'assimiler des faits qui, mieux étudiés, paraîtraient séparés par des différences profondes; on conclut d'un fait à un autre fait, d'un cas à un autre cas; on se laisse, malgré soi, entraîner à des généralisations hasardées, arbitraires: le juge a condamné hier parce qu'il s'est rencontré telle circonstance; pourquoi ne condamnerait-il pas aujourd'hui que cette circonstance se représente, ou du moins paraît se

seulement un penseur profond, un publiciste ingénieux; c'est encore, sous le rapport de la *forme* et du talent d'*exposition*, un des plus grands *artistes* de notre époque. A moins de l'avoir entendu, il est difficile d'imaginer tout ce qu'il y a de vivant et de pittoresque dans la parole, au premier abord si calme, de ce professeur.

représenter? Ainsi, quand la conviction devrait se former sur chaque affaire isolément, à l'aide d'un examen spécial, voilà quc la puissance de l'habitude conduit fatalement le juge à se former, à son insu, des règles générales de conviction, des formules absolues de croyance! Et plus grande sera son expérience, plus sera grande aussi sa confiance dans les méthodes d'investigation qu'il se sera créées; plus souvent il aura eu occasion de vérifier que telle circonstance est l'indice de l'existence de tel fait, plus il aura de disposition à proclamer l'existence ou la non-existence de ce même fait, selon que la circonstance, qu'il a acceptée comme *criterium*, se rencontrera ou ne se rencontrera pas dans l'espèce à juger. C'est là pourtant une méthode pleine d'écueils: car, dans l'infinie variété avec laquelle se produisent les faits qui tombent sous l'appréciation des juges, il n'arrive presque jamais qu'une même circonstance ait deux fois la même signification, qu'un indice ait deux fois la même portée; parce que cette circonstance, cet indice se trouvent neutralisés, modifiés, dans chaque affaire, par d'autres circonstances et d'autres indices.

Les jurés ne sont point exposés à cette chance d'erreur : ils apportent, à l'examen de l'affaire qui leur est soumise, un esprit dégagé des préjugés et des préventions qu'engendre nécessairement la pratique.

3° Il est d'ailleurs un ordre de questions pour la solution desquelles le jury, convenablement orga-

nisé, me semble avoir une supériorité incontestable sur les juges permanents même les plus instruits.

D'après les articles 1156, 1159 du Code civil, et plus encore d'après les règles du sens commun, les conventions doivent être interprétées, non d'après leur sens littéral, mais d'après la *commune intention* des parties contractantes; ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'*usage* dans le pays où le contrat est passé. D'après l'article 1135, les conventions obligent à toutes les suites que l'*usage* donne à l'obligation, etc. Or, toutes les fois qu'il s'agira de rechercher le sens de conventions qui se rapportent aux nécessités ou aux usages de certaines classes spéciales de citoyens, de certaines branches d'industrie; quand il faudra interpréter des conventions conçues dans ce langage technique, au moyen duquel les gens d'une même profession expriment, d'une manière si concise, les idées qui concernent leur état, n'est-il pas évident que les magistrats, qui ne peuvent connaître toutes ces langues spéciales, tous ces usages si divers, ne pourront fournir une interprétation aussi sûre que celle qui serait donnée, sans le moindre effort, par des gens, moins instruits sans doute dans les lettres et les lois, mais initiés au langage et aux habitudes des parties contractantes?

On l'a si bien senti que, pour les procès qui s'élèvent entre commerçants, on a institué des tribunaux exceptionnels composés de commerçants; et, pour les procès entre les fabricants et les ouvriers, des conseils de prud'hommes, composés de

fabricants, de chefs d'ateliers et d'ouvriers. Or, pour tout homme qui ne se paye pas de mots, que sont nos *tribunaux de commerce* et nos *conseils de prud'hommes*, sinon de véritables jurys spéciaux? sauf qu'au lieu d'être institués pour chaque affaire en particulier, et seulement pour des questions de fait, ces jurés sont établis pour un certain temps, et ont aussi à juger des questions de droit : d'où résulte je ne sais quelle institution bâtarde qui n'est précisément ni jury ni tribunal. — Ce qui précède s'applique en grande partie à nos arbitres forcés en matière de société commerciale.

Mais pourquoi ce qui a été trouvé utile, raisonnable et praticable pour deux classes de procès, serait-il impraticable et absurde pour les autres? Pourquoi ne soumettrait-on pas à des jurys, composés d'agriculteurs et de propriétaires, les différends auxquels donnent lieu les rapports légaux entre les propriétaires et les agriculteurs? — A des jurys, composés d'armateurs et de marins, toutes les questions de fait si nombreuses qui se rattachent au droit maritime; questions sur lesquelles les hommes étrangers à la mer ne peuvent avoir que des notions fausses, ou tout au moins insuffisantes.

D'ailleurs, qu'on descende au fond des choses, et on trouvera bientôt que le germe des jurys spéciaux se rencontre partout. — Dans tous les procès dont la décision dépend de quelque vérification technique, dans les questions de brevets d'invention, dans les querelles si fréquentes auxquelles donne naissance l'exécution des devis de travaux,

dans les vérifications d'écriture, les inscriptions de faux, etc. etc..., que font nos tribunaux? ils nomment des *experts.* — Il est vrai qu'en théorie, les juges ne sont point tenus de suivre l'avis des experts : mais, de fait, ils le suivent et ils font bien; parce que, le plus souvent, ils sont hors d'état de comprendre les questions d'art que soulève le procès. Ce sont donc en définitive les experts qui jugent la question technique, et le rôle des juges permanents se borne à appliquer la loi aux faits déclarés constants par les hommes de l'art. — Or, tout cela qu'est-ce au fond, sinon un jugement par jury? Que sont les experts, sinon des *jurés irréguliers* comme les juges de commerce, comme les arbitres forcés, comme les prud'hommes; des jurés qui ont tous les inconvénients du jury sans en avoir les avantages?

C'est que le jury n'est point une institution arbitraire et capricieuse, le produit accidentel de telle ou telle forme sociale, de telles ou telles nécessités politiques; non : le jury est inhérent à la nature des choses; il n'est qu'une application du grand principe de la division du travail. Nul homme aujourd'hui, fût-il Newton, Leibnitz ou Cuvier, ne peut embrasser l'ensemble des connaissances humaines; et, à moins que les sciences et les arts ne rétrogradent vers la barbarie, il faut bien que les questions qui se rapportent à une branche quelconque des sciences ou de l'industrie soient jugées par les hommes qui en ont fait une étude particulière.

Je ne sache pas de bonne cause qui ait été plus maladroitement défendue que l'institution du jury civil ou criminel. Il suffisait de faire remarquer que des juges-jurisconsultes, obligés de consacrer tout leur temps à l'étude des lois, ne peuvent juger, aussi bien que des hommes spéciaux, les questions techniques et artistiques auxquelles le droit demeure complétement étranger. Mais cela était trop simple ! On a préféré forger des théories d'autant plus sonores qu'elles sont plus creuses : on a voulu en quelque sorte *déifier* le jury; on l'a proclamé *le représentant de la sagesse du pays, l'interprète infaillible de la vérité!* et je ne sais combien d'autres images, plus ou moins poétiques, qui n'ont qu'un seul défaut, celui de ne présenter aucun sens aux hommes raisonnables. — Et, cependant, c'est sur la foi de ces métaphores qu'on a édifié presque toutes les théories scientifiques sur le jury! — Non certes, le jury n'est pas infaillible; non, il ne représente pas la sagesse du pays; car la sagesse, c'est la vérité; et, dans ses fins impénétrables, Dieu s'en est réservé le secret : il n'a donné, ni aux peuples, ni aux individus, le glorieux privilége de la connaître avec certitude! — Laissons donc de côté ces théories nébuleuses; mais disons que, pour le jugement des questions de fait, des questions d'art, le jury offre plus de chances de bonne justice que les tribunaux composés de jurisconsultes : et cela suffit, parce que, dans les choses humaines, le bien absolu est une chimère, et qu'il faut savoir se contenter du bien relatif.

II. *Deuxième objection.* — « Mais, dit-on, dans « les procès civils, il est impossible de *séparer* les « *questions de fait* des *questions de droit;* et, dès « lors, le jury, qui ne peut connaître que des pre- « mières, est absolument impossible en pratique, « alors même qu'en théorie il offrirait des avan- « tages. »

S'il en était ainsi; si, en effet, dans les procès privés, le point de fait était toujours inséparable du point de droit, nous devrions passer condamnation. Mais cette assertion est fausse; et, en tous cas, singulièrement exagérée. Non-seulement il est très-souvent possible de séparer le droit du fait; mais il y a une foule de procès dans lesquels, le droit n'étant pas contesté, les tribunaux n'ont vraiment à résoudre qu'une pure question de fait, qui pourrait être soumise à des jurés sans le moindre danger et même avec de grands avantages.

Nous nous bornerons à indiquer ici les cas qui se présentent le plus fréquemment, et dans lesquels le point de fait se présente dégagé de tout alliage de droit, ou du moins peut en être facilement distingué; cela arrive notamment :

I. Dans tous les cas où la *preuve testimoniale* est admissible, soit parce qu'il n'a pas été possible aux parties de se procurer une preuve écrite, soit parce qu'il existe un commencement de preuve par écrit : et ces cas sont bien plus nombreux qu'il ne paraît d'abord. Tels sont :

1° Les engagements provenant des délits, des

quasi-délits, et de la plupart des quasi-contrats;

2° Tous les autres cas prévus par les art. 1347 et 1348 du Code civil;

3° Les demandes en séparation de corps;

4° Les demandes en nullité de testament pour cause de *captation;*

5° Celles en nullité de contrats pour *erreur, dol* ou *violence;*

6° Les procès dans lesquels un héritier ou un communiste est accusé d'avoir diverti ou recélé les biens de la succession ou de la communauté; etc. etc. etc.

II. Dans tous les cas où il faut *apprécier l'utilité ou l'opportunité économique d'une mesure* quelconque, et notamment quand il s'agit de savoir:

1° S'il convient ou non d'aliéner les biens des mineurs, etc.;

2° S'il convient de partager en nature ou de liciter;

3° Comment doivent être formés les lots;

4° Si la conduite d'un tuteur, d'un mandataire, d'un associé, d'un gérant d'affaires, etc., est de nature à engager sa responsabilité; etc. etc. etc.

III. Dans tous les cas où il s'agit de déclarer un état légal subordonné à l'*appréciation de faits* plus ou moins nombreux; par exemple :

1° Dans les déclarations d'absence;

2° Dans les déclarations de faillite;

3° Dans les destitutions de tuteurs;

4° Dans les demandes en interdiction ou en main levée d'interdiction; dans les demandes en nomination de conseil judiciaire; etc. etc.

IV. Dans tous les cas où il faut apprécier quelque *question d'art*, et où, par conséquent, nos tribunaux sont obligés de renvoyer à des experts; par exemple :

1° Un architecte, un entrepreneur, s'est-il conformé aux clauses du *devis?* les travaux exécutés le sont-ils *secundum artem?*

2° L'invention pour laquelle un *brevet* a été obtenu était-elle vraiment nouvelle?

3° Tel procédé, telle machine, constituent-ils une *contrefaçon* de tel procédé, de telle machine?

4° Et, encore, dans les vérifications d'écriture;

5° Dans les inscriptions de faux;

6° Dans la plupart des questions possessoires;

7° Dans la plupart des questions relatives à l'accession mobilière; etc. etc. etc.

V. Dans tous les cas où le litige dépend de l'*interprétation* d'un acte privé, convention ou testament : et les questions de cette nature forment peut-être la moitié des procès ; dans tous les cas aussi où il s'agit de savoir si une pièce constitue ou non un *commencement de preuve par écrit.*

VI. Dans les *évaluations d'indemnités* (1), *et de dommages-intérêts*, questions en général si mal résolues par nos tribunaux, et qui se présentent si souvent et sous des formes si nombreuses.

---

(1) La loi du 7 juillet 1833 a confié à un jury le réglement des indemnités en matière d'*expropriation pour cause d'utilité publique.* Sauf quelques exceptions, heureusement très-peu nombreuses, les décisions des jurys d'expropriation ont mérité et obtenu l'approbation publique.

Il faut bien remarquer que les procès que nous venons d'énumérer, et mille autres qu'il serait facile d'y ajouter, sont précisément ceux qui prennent le plus de temps aux tribunaux. Qu'on lise les journaux judiciaires, et on se convaincra que dans les séparations de corps, par exemple, pour peu que les époux occupent un certain rang et que les avocats soient diserts, les tribunaux consacrent cinq ou six audiences à entendre discuter de pures questions de fait, qui pourraient, sans le moindre inconvénient, être déférées à des jurés.

III. *Troisième objection.* — « Le jury est peut-« être utile dans les pays où, comme à Rome et en « Angleterre, les obligations peuvent se prouver par « témoins; mais en France, où toute obligation de « 150 francs et au-dessus ne peut être prouvée que « par écrit, où, par conséquent, le fait est établi « d'une manière qui n'admet ni doute ni hésita-« tion, le jury est parfaitement inutile. »

Cette objection rentre en grande partie dans la précédente; et c'est uniquement pour la netteté des idées que nous la formulons séparément: notre réponse sera courte.

1° En discutant la seconde objection, nous avons établi que, nonobstant l'article 1341 du Code civil (1), il y avait un grand nombre de cas

(1) Cet article, d'ailleurs, est loin de contenir le *principe général sur la preuve*, puisque, évidemment, il ne concerne que les actes qui supposent un *accord de volontés*.

dans lesquels il devenait nécessaire de recourir à la *preuve testimoniale;* qu'il y avait, en outre, une foule d'*appréciations* dont l'examen pourrait avec avantage être confié à des jurés spéciaux : et cette observation répond déjà suffisamment à cette troisième objection.

2° Mais on peut compléter la réponse, en rappelant ce qui a été dit plus haut sur la première objection, savoir que, même dans les procès où la demande repose sur un titre écrit, le jury, surtout le jury spécial, peut offrir, pour l'*interprétation* des actes, des garanties de bonne justice très-supérieures à tout ce qu'on peut attendre de juges-jurisconsultes.

IV. *Quatrième objection.* — « Enfin, dit-on, dans « un pays où les citoyens sont déjà surchargés de « droits et de devoirs civiques, du jury criminel, « du service de la garde nationale, des diverses « élections, etc., il est impossible de songer à leur « imposer encore l'obligation de remplir des fonc- « tions pénibles et difficiles, qui, chaque année, « les tiendraient éloignés, pendant plusieurs se- « maines, de leurs familles et de leurs affaires. »

On fera d'abord remarquer que cette objection ne porte point sur les avantages ou les inconvénients du jury considéré en lui-même, qu'elle est tirée d'un ordre d'idées tout à fait étrangères à cette institution, et qu'elle n'a de force qu'autant qu'il serait constaté que nos cinquante années de liberté politique n'ont point suffi pour développer

chez nous les mœurs publiques. — S'il en était ainsi, ce n'est pas seulement au jury qu'il faudrait renoncer, il faudrait abdiquer en outre tous les droits dont l'exercice suppose le concours gratuit des citoyens. Un peuple qui en serait arrivé là ne serait plus digne de la liberté politique; il mériterait de perdre à toujours un bien pour la conservation duquel il ne saurait faire aucun sacrifice! J'honore trop mon pays pour croire qu'il soit descendu à ce point de dégradation morale et intellectuelle. Sans doute on a pu remarquer, depuis quelques années, une certaine tiédeur pour l'exercice des droits civiques; mais cela tient, selon moi, à des causes bien différentes de celles qui sont indiquées par les observateurs superficiels. C'est là, du reste, une question trop générale et trop périlleuse pour être traitée ici.

Revenons à l'objection.

1° L'établissement du jury permettrait de diminuer considérablement le nombre des magistrats salariés par l'État; ainsi les citoyens trouveraient, dans la diminution de l'impôt, une compensation aux embarras que leur donneraient ces nouvelles attributions. (*Voyez* ci-après, § 93.)

2° D'ailleurs, cette obligation ne serait pas à beaucoup près aussi lourde qu'on affecte de le croire. Les détracteurs du jury civil raisonnent toujours comme s'il s'agissait de constituer ce jury sur les mêmes bases que le jury criminel : telle n'est pas notre pensée. — Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire, ni même utile, d'appeler, de toutes

les parties du département au chef-lieu, *quarante* citoyens qu'on y retient quelquefois plusieurs semaines, ni de confier le jugement des questions de fait, en matière civile, à *douze* jurés réunis solennellement dans une salle publique. (*Voyez* ci-après, § 92.)

Ce grand nombre de jurés, cette solennité, peuvent convenir quand il s'agit de décider de la vie, de l'honneur et de la liberté des citoyens; mais, bien que cela se pratique ainsi en Angleterre et aux Etats-Unis, nous croyons que ce serait un luxe superflu pour les procès civils. — A l'appui de cette opinion, nous n'invoquerons pas l'autorité des Romains, qui, en matière civile, remettaient sans crainte la décision du procès à *un seul juré*, quoique ce juré eût des pouvoirs bien autrement étendus que ceux que nous proposons de confier aux jurés civils.— Mais nous rappellerons que, dans les arbitrages, dont l'usage se popularise chaque jour davantage, le nombre des arbitres n'excède pas en général celui de *trois*. Cet usage nous fournit un *criterium* excellent pour résoudre cette question d'ailleurs secondaire: *quel sera le nombre des jurés en matière civile?* Si les particuliers n'hésitent pas à s'en remettre, et sur le fait et sur le droit, au jugement de trois personnes non surveillées; comment auraient-elles des craintes, quand ces trois arbitres, réduits à l'examen des questions de fait, dirigés dans leur marche par le tribunal, présidés et surveillés dans leurs opérations par un magis-

trat, choisis d'ailleurs par les parties elles-mêmes, offriront des garanties au moins égales à celles qu'on peut trouver dans des arbitres privés.

§ 92. Suite du même sujet. — Idées sur l'organisation d'un jury civil.

Après avoir fourni mes explications sur les objections qui ont assuré la victoire aux adversaires du jury civil, il me reste à proposer les idées, telles quelles, que je me suis faites sur l'organisation qui pourrait être adoptée pour cette institution.

Il est bien entendu que je n'ai point la prétention de fournir ici un projet complet; je veux seulement indiquer les bases principales d'une combinaison, afin de montrer que l'application du jury aux matières civiles n'est pas aussi hérissée de difficultés qu'on le croit communément.

Si je me trompe; si mes idées sur ce sujet ne sont que de vaines utopies, *ægri somnia !...* le mal ne sera pas grand: ce sera une bien petite goutte ajoutée à l'incommensurable océan des erreurs humaines! Si, au contraire, on peut y trouver le germe de quelque chose d'utile à appliquer dans un temps et dans un pays quelconque, j'aurai obtenu la plus haute récompense que je puisse espérer.

Rappelons d'abord les trois circonstances qui, selon nous, caractérisent essentiellement le jury :— 1° le jury est une justice populaire, rendue par des gens qui d'ailleurs *n'en font pas leur profes-*

sion (1). — 2° Les jurés doivent posséder la confiance des plaideurs; et, pour cela, il faut, autant que possible, qu'ils soient *choisis par les parties elles-mêmes* (2). — 3° Enfin, les jurés ne doivent prononcer que sur des *questions de fait* (3).

Ceci posé, voici quelle me paraît pouvoir être la constitution d'un jury civil. — Pour plus de concision, je formulerai mes idées en forme de projet de loi.

PROCÉDURE.

N° 1. — *Instance introductive.*

Art. 1er. Toute demande sera portée au tribunal du département. — Pour la compétence du tribunal et pour la forme de l'ajournement, on suivra les règles établies par

---

(1) Que les Romains aient connu ce premier caractère, c'est ce qui résulte de l'ensemble même de leurs institutions judiciaires.

(2) Les Romains avaient très-bien compris ce second caractère : *voyez* le passage de Cicéron rapporté ci-dessus, § 77.

(3) Ce troisième caractère avait été aussi très-bien remarqué par les auteurs romains; témoin ce passage de Sénèque : «De quibusdam etiam *imperitus judex* dimittere «tabellam potest : ubi *fecisse, aut non fecisse* pronuntiandum est, ibi prolatis cautionibus, controversia tollitur. «Ubi vero inter disputantes *ratio jus dicit,* ibi animi conjectura capienda est : ubi id, de quo sola sapientia de«cernit, in controversiam incidit, *non potest ad hæc sumi «judex ex turba selectorum,* quem census in album, et «equestris hereditas misit.» (*De Benefic.*, III, 7.)

les articles 59, 60, 69, 72 et suiv. du Code de procédure; sauf les deux points suivants : dans les cinq jours de la signification, le demandeur déposera au greffe du tribunal l'original de l'ajournement, avec production des pièces à l'appui de la demande; le défendeur pourra en prendre communication, sans déplacement.

Art. 2. Dans la quinzaine, le défendeur sera tenu de faire signifier ses exceptions ou moyens préjudiciels, ainsi que ses défenses au fond; il déposera au greffe l'original de son mémoire, avec production des pièces à l'appui.

Art. 3. Le demandeur aura huit jours pour répondre. — Le défendeur huit jours pour répliquer. — La réponse et la réplique auront lieu dans la forme indiquée aux articles 1 et 2.

Art. 4. Le tribunal, sur le vu des pièces, et après avoir entendu les avocats des parties, devra statuer avant tout, et par un seul et même jugement, sur toutes les exceptions et fins de non-recevoir opposées par le défendeur.

Art. 5. Si la demande est jugée recevable, le tribunal examinera ensuite s'il y a lieu de renvoyer à un jury ou de retenir la cause.

Art. 6. Le tribunal retiendra la cause : 1° dans tous les cas où, d'après les règles tracées en l'article ci-après, il jugera n'y avoir lieu à renvoi devant le jury; 2° dans tous les cas où l'une des parties déclarera s'en référer au serment de l'autre. (*Dans ces deux cas, le procès continuerait en la forme suivie aujourd'hui.*)

Art. 7. La cause sera renvoyée devant le jury : 1° Toutes les fois que les faits, étant contestés, seront d'ailleurs susceptibles d'être prouvés par témoins, conformément aux art. 1341 et suivants du Code civil; — 2° Toutes les fois que le litige portera sur le sens et l'interprétation des conventions et autres actes privés; — 3° Quand le point en litige présentera une question d'art; — 4° Quand il s'agira de prononcer sur la quotité des indemnités et dommages-intérêts réclamés par une des parties; — 5° Quand la décision du litige sera subordonnée à des appréciations

d'utilité ou de convenance, qui dépendraient de l'examen de faits contestés ou non contestés; — 6° etc. etc. (*A développer.*)

Art. 8. Si le tribunal est d'avis qu'il y a lieu de renvoyer la cause à un jury, le jugement devra déterminer : 1° si la cause doit être soumise à un jury *commun* ou à un jury *spécial;* 2° il devra préciser nettement les questions sur lesquelles le jury sera appelé à donner son verdict. (*Ce serait une formule d'action analogue à celle des Romains. En France, il y a un préjugé contre les formules, parce qu'on a toujours confondu le système si rationnel des formules avee la procédure périlleuse des* legis actiones. — *Nos jugements interlocutoires quand ils ordonnent une preuve, nos compromis, nos arrêts de mise en accusation, que sont-ils cependant, sinon de véritables formules d'actions ?*)

Art. 9. Le jugement interlocutoire, rendu en conformité des articles 6, 7 et 8, vaudra comme *litiscontestation.* — Il fixera l'état du litige; il produira entre les parties des effets analogues à ceux de la chose jugée: en conséquence, il ne pourra être produit, après ce jugement, soit par le demandeur, soit par le défendeur, aucune conclusion nouvelle tendante à changer l'état de la cause. (*Un procès est un duel : il faut que la loyauté y préside. Il ne faut pas que les parties puissent avoir des armes secrètes dont elles se réservent de faire usage au dernier moment. — Notre Code de procédure est conçu dans cet esprit* (art. 65, 77, 81), *mais les mesures et la pénalité qu'il établit sont insuffisantes.*)

Art. 10. Soit que le tribunal retienne la cause, soit qu'il la renvoie à un jury, le jugement sera considéré comme interlocutoire; et, comme tel, il sera sujet à l'appel et au recours en cassation.

N° 2. — *Constitution du jury et procédure devant les jurés.*

Art. 11. — Sur la poursuite de la partie la plus diligente, et après le dépôt, au greffe de la justice de paix, de l'expédition du jugement ou de l'arrêt de renvoi, le juge de paix procédera, en présence des parties ou elles dûment

appelées, et en la chambre du conseil, à la formation du jury, ce qui aura lieu de la manière indiquée aux articles ci-après.

Art. 12. — Le jury devra être composé de trois personnes seulement; mais il sera choisi en nombre double pour obvier aux cas d'empêchement.

Art. 13. — 1° Le demandeur proposera *six noms de jurés*, non sujets à récusation motivée, et pris sur la liste d'arrondissement, soit sur la liste du *jury commun*, soit sur une des listes de *jurys spéciaux*, selon que la cause aura été renvoyée devant un jury commun ou devant un jury spécial. — Sur ces six noms, le défendeur devra en choisir deux. — Si le défendeur refuse de faire ce choix, sans d'ailleurs alléguer aucune cause légale de récusation, le choix sera fait par la voie du sort. — 2° Le défendeur proposera ensuite pareillement six noms entre lesquels il en sera choisi deux par le demandeur ou par la voie du sort. — 3° Enfin, parmi les jurés de la même catégorie que les douze jurés proposés par les parties, mais après avoir préalablement éliminé les noms des jurés présentés par les parties, le juge de paix tirera au sort deux autres noms qui compléteront le nombre de six. — Il sera dressé du tout procès-verbal.

Quand il y aura plusieurs demandeurs ou plusieurs défendeurs ayant un même intérêt, ils seront tenus de se concerter, soit pour faire les propositions des six noms, soit pour choisir entre les six jurés proposés par l'adversaire.—En cas de dissentiment, le sort décidera auquel des divers demandeurs ou des différents défendeurs appartiendra, soit la proposition, soit le choix.

Art. 14. — Le jury se composera du premier des deux jurés présentés par le demandeur et acceptés par le défendeur; du premier des deux jurés présentés par le défendeur et acceptés par le demandeur; et enfin, du premier des deux jurés tirés au sort par le juge de paix. — En cas de décès ou d'empêchement dûment justifié, le juré manquant sera remplacé par le juré suppléant. (*Il me semble*

qu'un jury ainsi composé peut être considéré comme offrant toutes les garanties désirables, et comme choisi autant que possible par les parties. — Dans le cas où les plaideurs s'entendraient sur le choix des trois jurés, il est bien entendu qu'il y aurait encore moins de difficultés.)

Art. 15. — Les trois jurés choisis ou tirés au sort seront convoqués par le juge de paix, en la forme prescrite par le Code d'instruction criminelle.

Les jurés se réuniront au chef-lieu d'arrondissement, sous la présidence de l'un des juges de paix de cet arrondissement. (*On évite ainsi les déplacements coûteux et les pertes de temps inutiles.*)

Le service du chef-lieu sera fait à tour de rôle par tous les juges de paix de l'arrondissement. (*Le but de cette disposition est de prévenir l'influence qu'un juge de paix ne manquerait pas d'exercer sur les jurés de son canton.*)

Art. 16. — Le jour indiqué pour la réunion de l'assise civile, les trois jurés, réunis sous la présidence du juge de paix, prêteront un serment analogue à celui prescrit par le Code d'instruction criminelle. — Le greffier donnera lecture du jugement ou de l'arrêt de renvoi.

Art. 17. — Si la question soumise au jury doit être décidée par preuve testimoniale, les témoins seront cités et entendus en la forme prescrite par le Code d'instruction criminelle.—Toutefois, le juge de paix, président de l'assise, ne pourra faire aux témoins d'autres questions que celles qui seront proposées par les parties ou par les jurés: le rôle du juge de paix se bornant à présider l'assise, et à veiller à l'exécution des lois. (*Nos présidents d'assises prennent, à mon avis, une part trop active au débat; et, par l'influence qu'ils exercent ainsi sur le jury, ils paralysent en partie les avantages que l'accusé doit trouver dans cette institution. — Je préfère la coutume anglaise, qui était aussi celle suivie à Rome dans les tribunaux criminels.*)

Art. 18. — Si, d'après le jugement ou l'arrêt de renvoi, le jury doit se livrer à des appréciations d'art, à des expériences, à des visites de lieux, il y sera procédé en pré-

sence du juge qui devra délivrer tous les mandements nécessaires à cet effet. — Si les visites et les expériences exigent des déboursés, l'avance en sera faite par la partie la plus diligente, sauf répétition contre l'autre partie.

Art. 19. — Les débats terminés, le juge de paix remettra aux trois jurés les questions résultantes du jugement ou de l'arrêt de renvoi. Les jurés se retireront pour délibérer, et rendront, séance tenante, leur verdict signé au moins par deux d'entre eux, par le juge de paix et par le greffier.

Le greffier de l'assise conservera le verdict dans ses archives, et en délivrera expédition aux parties requérantes.

Art. 20. — La décision du jury ne pourra être attaquée que pour violation des règles sur la composition du jury ou sur la tenue de l'assise. (*C'est ce qui a lieu, en France, pour le jury d'expropriation pour cause d'utilité publique. — En Angleterre, la cour de laquelle ressortit l'affaire [c'est-à-dire la Cour du Banc du roi, celle des Plaids communs, ou celle de l'Échiquier] peut casser au fond la décision du jury. C'est une source d'abus qui profite aux plaideurs tenaces.*)

N° 3. — *Jugement définitif.*

Art. 21. — Sur le dépôt, au greffe du tribunal de département, du verdict du jury, le tribunal statuera définitivement, après avoir entendu les parties, mais seulement sur la question d'application de la loi.

Ce jugement pourra être attaqué par voie d'appel devant la cour royale; l'arrêt sera lui-même sujet à recours en cassation.

DU JURY CIVIL.

Art. 22. — Dans chaque arrondissement de sous-préfecture, il sera formé, chaque année, par le sous-préfet assisté des juges de paix de l'arrondissement, une liste pour le jury en matière civile. (*A développer.*)

Art. 23. — Cette liste sera divisée en deux parties : la

première partie contiendra les noms des *jurés communs;* la seconde partie contiendra les noms des *jurés spéciaux.*

Art. 24. — La liste du jury commun contiendra les noms de tous les citoyens domiciliés dans l'arrondissement et réunissant les qualités suivantes : (*A développer.*)

Art. 25. — Il pourra être établi dans chaque arrondissement autant de jurys spéciaux qu'il y aura, dans la localité, de professions spéciales exercées par un certain nombre d'habitants. — Le nombre et la nature des jurys spéciaux, à établir dans chaque arrondissement, sera déterminé par ordonnance royale, sur le rapport du préfet, et sur l'avis du tribunal de département et de la cour royale.

Art. 26. — Ces jurys spéciaux seront principalement :

1° Un jury *commercial*, composé de tous les commerçants réunissant les qualités suivantes : (*A développer.*)

2° Un jury *agricole*, composé de... (*A développer.*)

3° Un jury *industriel*, composé de... (*A développer.*)

4° Un jury *maritime*, composé de... (*A développer.*)

5° Un jury pour les questions de vérification d'écriture, inscription de faux, etc., composé de... (*A développer.*)

Art. 27. — C'est sur ces listes que devront être choisis les jurés présentés par les parties, conformément aux articles 13 et 14 ci-dessus.

Art. 28. — Ne pourront être choisies, soit par le demandeur, soit par le défendeur, les personnes qui, quoique portées sur la liste, présenteraient, par rapport à l'une des parties, les causes de récusation suivantes... (*A développer.*)

Art. 29. — L'incapacité établie par l'article précédent est aussi applicable aux deux jurés tirés au sort par le juge de paix.

Art. 30. — Tout juré qui, sans motif légal d'excuse, refusera de remplir la mission à laquelle il pourrait être appelé, soit par les parties, soit par la voie du sort, sera traduit devant la cour d'assise criminelle du département, puni d'une amende de 300 francs, et condamné à la privation des droits civiques pendant cinq ans.

§ 93. Suite du même sujet. — Avantages qu'on peut espérer d'un tel système.

Je laisserai de côté les avantages *politiques* propres à l'institution du jury, et que peu de personnes contestent (*voyez* § 24); je ne parlerai pas non plus de l'heureuse influence que doit avoir, à la longue, sur les mœurs publiques, l'admission des citoyens à l'exercice de fonctions éminemment propres à moraliser les hommes en les rehaussant à leurs propres yeux. Je ne veux signaler ici que les avantages *techniques*, et en quelque sorte *matériels*, qu'on peut, je crois, espérer de l'institution du jury civil organisé sur des bases analogues à celles que je viens d'indiquer; et encore, comme cette digression est déjà bien longue, je ne développe rien; je me borne à énumérer les traits les plus saillants.

I. *Unité dans la juridiction.* — L'institution des jurys spéciaux permettant de supprimer toutes les juridictions exceptionnelles, telles que les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes, il n'y aurait plus en France qu'une seule classe de tribunaux de première instance, qui tous auraient la même composition et les mêmes attributions. — Cette *unité* dans les autorités judiciaires aurait pour résultat nécessaire de faire disparaître presque complétement les questions de compétence, si multipliées, auxquelles donne lieu aujourd'hui la diversité des juridictions. (*Voy.* ci-après, § 129.)

II. *Économie dans le nombre des magistrats.* —

En débarrassant les tribunaux de toutes les questions de fait, de toutes les appréciations d'art, etc., en réduisant leur rôle à la solution des questions de droit, on diminuerait tellement leur travail qu'un seul tribunal par département suffirait, et au-delà, à l'expédition des affaires. On pourrait donc supprimer tous les tribunaux d'arrondissement, et réduire ainsi le personnel de la magistrature à celui des quatre-vingt-six tribunaux de département et des vingt-sept cours royales. — Cette économie dans le nombre des magistrats permettrait de les rétribuer d'une manière plus convenable, sans que le trésor public en fût en rien grevé. C'est vraiment une chose honteuse que la manière dont est fixée, en France, la rémunération des fonctionnaires de l'ordre judiciaire! Dans la plupart de nos tribunaux d'arrondissement, le traitement des magistrats est à peine égal aux gages des commis de l'octroi municipal; et il est, en général, au-dessous du salaire alloué aux derniers employés de la gabelle ou des douanes. Aussi est-il reconnu que les juges de nos tribunaux inférieurs ne sauraient vivre avec leur traitement. — C'est là un état de choses déplorable! Car il écarte de la magistrature tous les hommes qui n'ont pas une fortune patrimoniale suffisante pour vivre de leur revenu, et qui sont obligés de demander au travail des moyens d'existence convenables.

Le gouvernement en est si bien convaincu, que l'une des premières conditions imposées par la

chancellerie aux candidats à la magistrature, est de justifier d'une fortune suffisante pour se passer de l'emploi qu'ils sollicitent. Ainsi le choix des juges, déjà si difficile par le grand nombre de magistrats qu'exige l'organisation actuelle, le devient encore davantage par l'éloignement, en quelque sorte obligé, de tous les hommes qui, possédant plus de savoir que d'argent, sont nécessairement conduits à chercher, dans les professions plus lucratives du barreau, les conditions d'existence qu'ils ne sauraient trouver dans la magistrature.

Je sais très-bien que, malgré tout cela, notre magistrature est encore l'une des plus respectées, et, en fait, l'une des respectables de l'Europe; mais c'est là, à mon avis, un véritable phénomène; et le *positivisme* du siècle doit faire craindre que ce phénomène ne soit pas de nature à se prolonger longtemps encore.

III. *Rehaussement de la magistrature.* — On a dit, avec raison, qu'avec de bons magistrats il y avait peu de lois absolument mauvaises; mais que dans les mains de mauvais magistrats, les lois les plus sages manquaient leur effet. On aurait dû ajouter qu'il ne suffit pas que les magistrats soient dignes de respect et de confiance, il faut encore que le peuple les croie tels. Parmi les moyens qui peuvent rehausser, dans l'opinion, les fonctions judiciaires, il faut compter, sous plus d'un rapport, l'introduction du jury dans les matières civiles.

Ainsi qu'on l'a dit plus haut, l'établissement du

jury permettrait de réduire beaucoup le nombre des magistrats; et cette réduction serait déjà, par elle-même, un très-grand bien. La magistrature gagnerait en considération tout ce qu'elle perdrait du côté du nombre; car la valeur des dignités et des distinctions diminue à mesure qu'elles sont accordées à un plus grand nombre d'individus. — D'un autre côté, cette réduction donnerait les moyens de faire aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire une position plus digne que celle qu'ils ont aujourd'hui.

L'Angleterre n'a que douze grands juges; mais aussi, quelle considération entoure cette dignité!

La magistrature gagnerait encore sous un autre rapport à un arrangement qui la débarrasserait de toutes les questions de fait. — Ce n'est pas seulement une mauvaise distribution de travail que de condamner des *magistrats-jurisconsultes* à perdre leur temps à l'examen de pures questions de fait, qui seraient pour le moins aussi bien résolues par des hommes étrangers à l'étude des lois; mais on peut affirmer, sans hésitation, que les magistrats ne peuvent que déchoir à se courber ainsi sur les individualités des causes : « Plus on peut, dit Meyer, « dispenser les juges de connaître de la question « de fait, plus on peut séparer l'individualité de « l'espèce d'avec la généralité des principes, plus « la magistrature s'approchera de l'idée la plus su-

« blime qu'on puisse se faire d'un juge, celle d'être « l'organe impassible de la loi » (1).

Nous avons, en France, un fait qui à lui seul vaut mieux que toutes les démonstrations. On sait quel rang élevé occupe notre Cour de cassation dans l'estime des jurisconsultes et des hommes éclairés de tous les pays; on sait de quel respect ce tribunal suprême est entouré par toutes les classes de citoyens. Depuis sa création, cinquante ans se sont écoulés : pendant ce temps, bien des révolutions ont passé sur notre pays; bien des gouvernements, et des plus forts, ont disparu pour toujours dans la tempête; les institutions politiques, administratives, judiciaires, les lois de tous genres ont été bien souvent remaniées... seule, la Cour de cassation est demeurée debout au milieu des ruines de tant de régimes et de systèmes divers : image imposante et majestueuse de la justice, elle n'a pas même eu à se défendre, tant la vénération des peuples la protégeait contre la pensée même d'une attaque.

Ce fait si remarquable, les vertus et le savoir des magistrats de la Cour suprême suffiraient sans doute pour l'expliquer; mais d'autres tribunaux aussi étaient composés de juges intègres et éclairés, et cependant ils n'ont pu échapper ni aux attaques, ni aux calomnies des partis. A quoi donc tient cette espèce d'inviolabilité qui, dans les plus

(1) Meyer, *Institut. judic.*, tom. V, pag. 518.

mauvais jours, a constamment protégé la Cour de cassation? Nous ne croyons pas être loin de la vérité, en signalant, comme cause principale, la nature même des attributions de ce tribunal. — Comme cette Cour n'a jamais à s'occuper des faits, les procès se présentent à elle dépourvus de tout ce qui constituait leur individualité; elle ne peut donc être influencée par des considérations de temps, de lieux, de circonstances ou de personnes. Comme sa mission se borne à rechercher si, aux faits reconnus vrais à tort ou à raison, il a été fait une saine application de la loi; comme d'ailleurs elle n'a jamais à prononcer, sur le fond, une sentence définitive, et qu'après avoir cassé, elle se borne à renvoyer devant un autre tribunal, ses décisions, encore qu'elles soient rendues à l'occasion d'espèces particulières, ont cependant quelque chose de général, de théorique, d'abstrait, qui les fait ressembler à des lois, bien plus qu'à des jugements ordinaires. Dans cette sphère élevée, où plane la Cour régulatrice, elle ne se trouve donc que bien rarement en contact avec les passions contemporaines, bonnes ou mauvaises, qui agissent nécessairement sur les juges du fait.

Par l'institution du jury civil, la mission des tribunaux permanents se réduirait à appliquer la loi aux faits reconnus constants par le jury : ces tribunaux seraient donc placés dans des conditions analogues à celles où se trouve la Cour suprême, et la juridiction en acquerrait un caractère éminent de dignité et de grandeur.

IV. *Meilleur jugement des questions de fait et de droit.* — La séparation du fait d'avec le droit, le jugement de ces deux genres de questions par deux autorités distinctes, présenterait, en outre, toutes les garanties de bonne justice que comporte l'infirmité de notre nature.

Pour les questions *de fait*, cela a été déjà démontré plus haut. (*Voy.* § 91.)

Quant aux questions *de droit*, cet isolement ne serait pas moins profitable. Qu'on ne s'y trompe pas: les mauvais jugements, sur le point de droit, tiennent bien moins à une ignorance des vrais principes, qu'à une préoccupation dont les magistrats les plus intègres ont bien de la peine à se défendre. Le juge, qui est chargé d'apprécier les faits, se laisse presque fatalement influencer par mille considérations de circonstances et de personnes; il est inévitablement conduit à chercher dans la loi, non le sens le plus conforme à la pensée du législateur, mais le sens qui lui permet de donner gain de cause à celle des parties qui paraît mériter le mieux la sympathie du juge. Ainsi, même à leur insu, et bien souvent sous l'influence des sentiments les plus honorables, les juges se laissent aller à torturer le sens de la loi, pour y trouver la solution qui va le mieux à leur conscience. Ces tentations dangereuses sont évitées, si la mission du juge se borne à proclamer les conséquences légales des faits déclarés constants par un jury. Ces faits ne peuvent point alors avoir, sur l'imagination du juge, l'influence qu'ils exercent nécessairement sur elle quand il

a dû les rechercher lui-même, se mettre en contact avec les plaideurs, subir en quelque sorte la contagion de leurs passions.

La séparation du jugement sur le fait d'avec le jugement sur le droit présenterait encore un autre avantage, qui, à lui seul, paraissait à Duport justifier suffisamment l'établissement du jury. « Je « pars (disait cet orateur à l'Assemblée constituante), « je pars de la supposition, que les jugements doi- « vent toujours être rendus à la pluralité des suf- « frages, et je dis que, lorsqu'on va aux voix, sans « que le fait soit constaté, il est très commun que « celui qui a la majorité en sa faveur perde son « procès. En effet, chaque juge, en donnant son « avis, peut être déterminé, soit par la vérité des « allégations, c'est-à-dire par le fait, soit par la « force des principes, c'est-à-dire par la loi. Un « certain nombre de juges peut être déterminé par « la première de ces considérations, les autres par « la seconde; et cependant, lors de la collecte des « voix, ils sont obligés de se réunir à l'un des deux « avis, sans quoi la majorité relative ou la minorité « réelle déciderait les questions : alors le juge qui « croit le fait sûr et la loi douteuse, et celui qui « croit la loi claire et le fait douteux, sont comptés « ensemble pour la même opinion, quoiqu'ils dif- « fèrent d'avis du blanc au noir; et le plaideur, qui « a eu en sa faveur la majorité sur le droit, et la « majorité sur le fait, perd son procès. Prenons un « exemple : Pierre veut se soustraire au payement

« de créances dues par son grand-père. Ses moyens, « pour cela, sont de dire : 1° que son père a renoncé « à la succession de son grand-père; 2° que les « créances demandées ne sont pas légitimes. Paul, « au contraire, prétend, et qu'il n'y a pas eu de re« nonciation, et que les créances sont légitimes. « Voilà deux questions, l'une de fait, et l'autre de « droit. Maintenant il faut savoir qu'excepté sur les « nullités et fins de non recevoir, il est défendu aux « juges d'opiner par moyens, et qu'ils doivent don« ner leur avis sur les conclusions des parties, les« quelles sont toujours tendantes, en général, à « adjuger la demande ou à la rejeter. Il y a douze « juges. Sept sont d'avis qu'il n'y a pas eu de renon« ciation; mais, de ces sept, quatre pensent que « les créances ne sont pas légitimes : les cinq autres « juges pensent que les créances sont légitimes, « mais qu'il y a eu renonciation. Paul avait donc « en sa faveur, sur la question de fait, sept juges « contre cinq; il avait, sur la question de droit, « huit juges contre quatre. On prend les voix : les « quatre juges qui pensent que les créances ne sont « pas légitimes, mais qu'il n'y a pas renonciation, « et les cinq qui pensent que les créances sont lé« gitimes, mais qu'il y a renonciation, sont comp« tés ensemble. Paul perd son procès, avec une ma« jorité de neuf contre trois. »

Ces considérations sont assurément fort justes; mais elles sont peu concluantes en faveur du jury, puisque, pour éviter le danger signalé par Du-

port, il suffirait qu'un règlement obligeât les tribunaux à voter séparément et successivement sur les questions de fait et sur les questions de droit (1).

DEUXIÈME ÉPOQUE.

Organisation judiciaire nouvelle sous les empereurs chrétiens.

§ 94. — Constitution politique et état social depuis Alexandre Sévère jusqu'à Dioclétien. — Malheurs de l'empire. — Influence du christianisme. — Nécessité d'une révolution.

Le droit en général, et l'organisation judiciaire en particulier, éprouvèrent d'une manière très-marquée l'influence de la révolution profonde qui s'opéra, sous Dioclétien et Constantin, dans toutes les parties de la constitution de l'empire.

L'histoire de la décadence du droit est tellement liée à l'histoire générale, qu'il est indispensable de rappeler d'abord les traits principaux de la triste époque dans laquelle nous entrons maintenant. Elle nous présente deux parties bien distinctes : depuis Alexandre Sévère jusqu'à Dioclétien, l'empire tombe dans un état inouï de désorganisation; Dioclétien et, après lui, Constantin essayent de rendre la vie à ce corps épuisé; mais leurs efforts et leur génie parviennent seulement à retarder une chute désormais inévitable.

(1) C'est ce qui a été fait, notamment par le Code de procédure de Genève, art. 104.

L'histoire universelle tout entière ne nous fournit aucun spectacle que l'on puisse comparer à l'état de dissolution où était tombée la société romaine au troisième siècle de l'ère chrétienne. Tout semblait conspirer la ruine de l'édifice colossal que le génie ambitieux de Rome avait mis tant de siècles à élever. Dangers de toutes parts!... dangers à l'intérieur, résultant de la constitution vicieuse du gouvernement... dangers à l'extérieur : les nations, refoulées par les violences des Romains, s'ébranlent et pénètrent dans l'empire par toutes ses frontières... Fléaux naturels : la peste, la famine, la misère déciment la population et achèvent de la démoraliser.

1° *Constitution vicieuse du gouvernement impérial.* — Les vices de la constitution impériale peuvent se ramener à ce chef essentiel, que ni les institutions de détail, ni les mœurs, n'étaient en harmonie avec le principe du gouvernement.

Dans les États vraiment monarchiques, le pouvoir souverain reposant sur un ensemble d'institutions qui lui servent à la fois de limites et d'appui, l'action et la marche du gouvernement ne sont pas absolument dépendantes des vices ou des vertus du prince : tous les rouages étant bien coordonnés, la machine fonctionne toujours avec une régularité à peu près égale ; et il faut une bien longue suite de mauvais règnes, pour altérer profondément le principe du gouvernement.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, l'empire romain n'était point véritablement monar-

chique. Comme il n'y avait pas de loi qui réglât, d'une manière fixe, l'ordre de succession au trône, chaque changement de règne pouvait devenir, et devenait en effet le plus souvent, la cause de guerres désastreuses entre les divers compétiteurs. Comme il n'y avait ni règles qui déterminassent l'étendue du pouvoir suprême, ni hiérarchie qui servît de transition entre l'empereur et les sujets; comme, enfin, la monarchie ne s'appuyait pas sur un ensemble d'institutions correspondantes, le pouvoir impérial était en quelque sorte isolé au milieu de la société, et n'avait d'autre force que celle qu'il pouvait tirer du mérite personnel du prince. Aussi, à toutes les pages de l'histoire impériale, voyons-nous, à un règne florissant et glorieux, succéder brusquement le désordre le plus complet.

Un autre vice radical du gouvernement, fondé par Auguste, était la prépondérance, hors de toute mesure, accordée à l'armée, et l'absence d'institutions civiles qui pussent lui servir de contre-poids. La force militaire, sur laquelle le pouvoir impérial s'était si exclusivement appuyé, devait tôt ou tard causer sa ruine.

Déjà, à une époque comparativement florissante, Sévère mourant léguait à ses fils cette maxime de gouvernement : « Enrichissez les soldats, et comptez pour rien le reste. » Ce mot donne le secret de la force et de la faiblesse du pouvoir impérial. Les soldats étant tout, et le reste de la nation rien, les empereurs étaient obligés de ruiner l'État pour acheter la fidélité toujours douteuse de l'armée.

Quelques règnes longs et vigoureux, vers la fin du deuxième siècle, auraient permis aux empereurs de changer ce funeste état de choses: aussi peut-on reprocher avec justice aux princes de la famille des Antonin de n'avoir pas su profiter, pour abattre cette puissance redoutable, des circonstances favorables où ils furent placés.

Alexandre Sévère et Ulpien, son préfet du prétoire, avaient été massacrés dans une sédition militaire. Sous les successeurs d'Alexandre, la tyrannie des soldats ne connut plus de bornes. Les prétoriens, à Rome, les légions, dans les provinces, disposent souverainement du trône; les prétendants à l'empire se multiplient, chaque armée proclame le sien; les soldats vendent l'empire aux enchères, et assassinent ensuite les empereurs pour recevoir un nouveau prix: en cinquante ans, seize empereurs périssent assassinés. Dans ces sanglantes saturnales, la dignité impériale perdit toute considération : quel respect pouvait-on éprouver pour ces souverains éphémères qui, tout souillés du sang de leurs prédécesseurs, n'arrivaient au trône qu'à la condition de gorger d'or leurs farouches partisans!

Dans cette multitude d'empereurs méchants ou incapables, l'histoire impartiale doit cependant distinguer quatre hommes véritablement grands : Claude, Aurélien, Tacite et Probus, dont les talents sauvèrent l'empire près de périr.

2° *Malheurs de l'empire.* — A mesure que l'empire s'affaiblissait, les Barbares, autrefois si mé-

prisés, devenaient redoutables. Dès le milieu du troisième siècle, toutes les frontières de l'empire, en Europe et en Asie, furent attaquées à la fois: en Bretagne, par les Calédoniens et les Saxons; dans les Gaules, par les Francs, les Allemands et les Bourguignons; en Italie, par les Allemands, les Suèves, les Marcomans et les Quades; en Mœsie, en Macédoine, en Thrace, par les Carpes, les Goths, les Hérules, etc.; en Asie, par les Perses, etc. Cette guerre, sur tant de points à la fois, n'avait en soi rien de nouveau ni même de bien alarmant pour un État qui ne s'était établi que par la guerre; mais les destins étaient changés : le prestige du nom romain n'existait plus. Loin de songer à attaquer, on s'estimait maintenant heureux de pouvoir repousser l'agression. Aussi, quoique poursuivie avec des succès divers, la guerre était en définitive funeste à l'empire, qui s'épuisait à combattre des ennemis toujours plus nombreux et plus hardis.

La condition des provinces, déjà si malheureuse sous les bons empereurs, devint véritablement intolérable : écrasées d'impôts, ravagées par les incursions des Barbares, livrées sans défense aux violences et aux rapines d'une soldatesque effrénée, leur misère fut portée à un point qui ne peut se décrire, par le concours de tous les fléaux, les tremblements de terre, la famine, la peste.

Quand un peuple est encore jeune et vigoureux; qu'il est sincèrement attaché à ses institutions et animé d'un vif sentiment de dignité et d'indépen-

dance nationale, l'adversité exalte jusqu'à l'enthousiasme toutes les vertus civiques, et ce peuple peut se relever plus fort qu'auparavant : le malheur retrempe ceux que le vice n'a pas dégradés. Mais quand des fléaux semblables à ceux que nous avons signalés viennent fondre sur une société vieillie et corrompue, amollie par l'habitude du luxe, énervée par une longue servitude, gangrenée de tous les vices qui accompagnent presque nécessairement un haut degré de civilisation ; alors le mal est sans ressource, et les remèdes héroïques, qu'il faut employer, ne font que hâter la fin du malade épuisé.

Telle était précisément la situation de l'empire romain, à l'époque dont nous nous occupons. Toute énergie morale s'était éteinte ; les sentiments généreux, le dévouement à la patrie, l'amour de la gloire et de la liberté, avaient fait place à un sensualisme grossier, à un égoïsme honteux, qui abâtardissaient et rongeaient toutes les classes de la société. Les agrégations secondaires, qui font la force des empires, la famille, les corporations d'artisans, les communautés municipales, se dissolvaient sous l'action anti-sociale de l'intérêt individuel. Les gens en place étant les seuls qui pussent jouir d'un peu de sécurité et de liberté, les seuls qui eussent encore les moyens de s'enrichir et de se procurer ces plaisirs sensuels dont cette époque était si avide, chacun, mécontent de son état présent, s'efforçait d'en sortir pour entrer dans la classe si enviée des fonctionnaires : de

là la multiplicité croissante des emplois publics, fardeau toujours plus lourd pour l'État. L'amour des places avait donc remplacé l'amour de la patrie ; la vanité des titres, l'orgueil national. Et vraiment! quel attachement pouvaient avoir les peuples pour des institutions qui ne protégeaient plus personne! quelle fidélité pour des maîtres qui semblaient ne passer sur le trône que pour le déshonorer par toutes sortes de crimes et de vices!

3° *Influence du christianisme.* — Le christianisme offrait, il est vrai, un asile aux âmes blessées du spectacle de tant de maux; mais, s'il pouvait beaucoup pour l'amélioration intime des individus, bien des causes s'opposaient à ce qu'il pût devenir un instrument de salut pour la société romaine.

D'un côté, le génie plus contemplatif que pratique du christianisme, son dédain des choses de la terre, éloignaient les fidèles des études mondaines et du maniement des affaires publiques. D'un autre côté, les vastes associations des chrétiens, leur prosélytisme ardent, avaient inspiré aux empereurs des craintes sérieuses. Rome, ordinairement si tolérante pour toutes les religions, se montrait impitoyable pour la religion de Jésus. Ainsi les chrétiens ne voulaient ni ne pouvaient prendre place dans la société ancienne: sa corruption révoltait leur pureté, ses persécutions la leur rendaient odieuse. D'ailleurs, le monde romain était trop profondément empreint de polythéisme, pour qu'aucune transaction fût possible entre lui et la religion chrétienne. A cette religion nouvelle, il

fallait des hommes nouveaux; et, par une destinée providentielle, le Nord, s'ébranlant dans la profondeur de ses forêts, allait envoyer au nouveau culte des nations innombrables à convertir et à civiliser. Avec ces catéchumènes rudes et grossiers, mais exempts des vices de l'ancien monde, le christianisme allait bientôt jeter en Occident les bases d'une société nouvelle.

Ainsi la religion chrétienne, qui devait opérer plus tard une révolution si favorable aux intérêts généraux de l'humanité, n'était encore, à cette époque, qu'un dissolvant de plus ajouté à tous ceux qui minaient déjà l'ancienne société romaine.

D'ailleurs cette grande régénération que la religion chrétienne devait opérer un jour, il fallait l'acheter par bien des siècles de malheurs et de souffrances. En attendant, une révolution prompte, immédiate, profonde, était nécessaire pour sauver l'empire romain, et peut-être, avec lui, la cause générale de la civilisation. Qui oserait dire quelles eussent été les destinées du monde si, l'empire s'affaissant tout à coup, les provinces romaines eussent été brusquement occupées par les Barbares! N'est-il pas plus que probable que tous les trésors des lettres grecques et latines; que les lois romaines et les écrits des jurisconsultes, qui devaient, plus tard, servir de guide aux législateurs modernes; que tant de monuments de tous genres de l'antique civilisation, eussent disparu pour toujours dans ce grand naufrage, comme cela est arrivé, en Afrique et en

Asie, devant les conquérants arabes! L'élément germain eût alors dominé, sans rival, dans l'Europe moderne; qui peut dire ce qui en fût advenu? Mais il n'entrait pas dans les desseins de la Providence que l'empire pérît tout d'un coup; pour retarder sa chute, une révolution était nécessaire : Dioclétien la commença; Constantin eut l'honneur d'y mettre la dernière main.

Cette révolution ne pouvait être un retour vers un passé glorieux, mais désormais impossible. Tacite et Probus, quelques années avant Dioclétien, avaient cru rendre à l'empire son ancienne vigueur, en rétablissant les institutions républicaines. Un peu plus tard, et dans le même but, Julien s'efforça de rendre au polythéisme son ancienne suprématie; mais, quel que fût le mérite personnel de ces princes, leurs efforts furent sans succès. Le génie de Dioclétien comprit que les anciennes institutions avaient fait leur temps; il résolut donc de dénaturer complétement l'ancienne société, et d'en reconstituer une autre sur des bases nouvelles. Quelques historiens l'en ont sévèrement blâmé... mais ces auteurs n'ont pas remarqué, que de toutes les révolutions, les plus funestes sont encore les *restaurations;* parce que toute restauration, par sa propre nature et par la force des choses, a pour mission nécessaire et fatale de chercher à ressusciter un passé vieilli et usé : les tentatives de ce genre n'ont jamais eu qu'un succès éphémère; elles usent en pure perte les forces de la société à remonter le cours irrésistible du temps.

§ 95. — Innovations politiques et administratives de Dioclétien.

1° *Partage de l'empire.* — Au moment où Dioclétien monta sur le trône, toutes les parties du gouvernement réclamaient également les soins d'une main ferme et habile : il fallait en même temps protéger les frontières contre les ennemis extérieurs; étouffer à l'intérieur les séditions et les révoltes; tirer les provinces de la misère profonde où elles étaient plongées... Pour tant de soins et pour un si vaste empire, un seul homme ne pouvait suffire : Dioclétien le sentit, et s'associa à l'empire son ami et son compagnon d'armes, le brave mais farouche Maximien. Dioclétien se réserva l'Orient, et abandonna à son collègue les provinces d'Occident. Au reste, par ce partage, Dioclétien n'entendit pas constituer deux empires différents, mais seulement deux départements d'un même empire; il conserva toujours d'ailleurs la haute direction des affaires.

Plusieurs années de prospérité couronnèrent les efforts des deux Augustes. Des guerres heureuses délivrèrent le territoire de l'empire des Barbares qui depuis longtemps le désolaient. La plupart des forteresses avaient été démantelées ou tombaient en ruines: Dioclétien les fit rétablir, et en fit construire de nouvelles sur toutes les frontières; sur les bords du Danube et du Rhin, comme sur les rives de l'Euphrate. Beaucoup de villes avaient été détruites par les Barbares, ou dans le cours des guerres

civiles: elles sortirent de leurs ruines. La population était épuisée, et, dans beaucoup de provinces, les terres restaient incultes faute de bras: l'empereur repeupla les campagnes en y transportant ses prisonniers barbares.

Après huit années d'un règne prospère (de 284 à 292), le repos dont jouissait l'empire fut tout à coup troublé. Les Maures se soulevèrent en Afrique, et le roi de Perse recommença les hostilités; Achillée, en Égypte, Julien, en Italie, levèrent l'étendard de la révolte. Pour faire face à ces nouveaux dangers, Dioclétien crut devoir s'adjoindre deux nouveaux auxiliaires, qui, sous le titre de *Césars*, devaient seconder les deux Augustes dans le gouvernement. L'empire se trouva dès lors divisé en quatre départements; et chacun des quatre souverains eut sa cour, son préfet du prétoire et son armée.

La création des Césars fut une faute politique: héritiers présomptifs de la dignité impériale, les Césars devaient attendre avec impatience le moment de monter au premier rang; et, d'un autre côté, l'immense pouvoir dont ils étaient revêtus ne les excitait que trop à s'affranchir d'une dépendance humiliante. On ne peut douter que Dioclétien n'eût pressenti ce danger, puisqu'il chercha à rattacher les Césars aux Augustes par des alliances de famille. Mais ce frein était insuffisant à contenir les passions de pareils hommes; et la conduite que tint dans la suite le César Galère fit bien amèrement sentir à Dioclétien les vices de sa tétrarchie.

2° *Rehaussement de la dignité impériale.* — Un des grands obstacles au rétablissement de l'ordre était l'avilissement dans lequel était tombée la dignité impériale : Dioclétien tendit de tous ses efforts à en relever l'éclat. Les premiers empereurs n'avaient pas eu de cour proprement dite ; ils avaient la réalité plutôt que les insignes extérieurs du pouvoir suprême. Adrien, le premier, s'était entouré de formes monarchiques; il avait eu une cour, et les charges du palais avaient commencé, sous son règne, à revêtir le caractère de fonctions publiques.

Dioclétien alla beaucoup plus loin : il emprunta aux cours asiatiques leur faste et leur étiquette; il ne se montra plus en public que le front ceint du diadème, et revêtu d'habits de pourpre étincelants de pierreries. Tout ce qui se rapportait à la personne du prince acquit un caractère sacré; et on n'aborda plus l'empereur qu'avec le cérémonial d'adoration pratiqué envers les despotes d'Asie.

Cette innovation, qui n'était pas dans Dioclétien le résultat d'une vanité puérile, imprima au gouvernement un caractère tout nouveau. Le despotisme de cour remplaça la tyrannie de l'armée, les intrigues des courtisans prirent la place des séditions militaires; au lieu de conspirer la mort des empereurs, on cabala pour remplacer un ministre. La sûreté personnelle du prince étant moins menacée, le pouvoir perdit le caractère violent qu'il avait auparavant; la corruption fut peut-être plus grande, mais la férocité des mœurs diminua.

3° *Affaiblissement des autorités subordonnées*, sé-

paration des pouvoirs civil et militaire. — Les préfets du prétoire, et même les simples gouverneurs des provinces, avaient jusqu'alors cumulé toutes les branches de la puissance publique : commandement militaire, juridiction, administration civile et financière. De nombreux exemples avaient montré quel danger pouvait offrir un pareil pouvoir dans les mains d'un sujet ambitieux : Dioclétien s'appliqua à resserrer ces diverses autorités dans de justes limites. Il diminua considérablement le pouvoir des préfets du prétoire, en les dépouillant de presque toutes leurs attributions militaires, qu'il conféra à des officiers spéciaux, les *magistri militum*. Il suivit le même système à l'égard des gouverneurs des provinces; et, de plus, il subdivisa en plusieurs gouvernements les provinces d'une trop grande étendue : c'est ainsi que la Gaule, qui auparavant obéissait à un seul gouverneur, forma seize gouvernements différents. Enfin, il porta le dernier coup à la puissance des préfets du prétoire, en établissant, entre eux et les gouverneurs des provinces, des autorités intermédiaires, sous le nom de vice-préfets (*vicarii*).

4° *Abaissement du pouvoir militaire.*—Le nouveau système d'administration, la division des divers pouvoirs entre plusieurs fonctionnaires, eut encore l'avantage de détruire le pouvoir exorbitant des armées. Les généraux, n'ayant plus que des attributions purement militaires, ne pouvaient rien entreprendre sans la coopération des autorités civiles; et, de leur côté, les fonctionnaires civils, tout en

disposant des approvisionnements et de l'argent, étaient sans action directe sur les soldats; ces diverses autorités se contenaient ainsi les unes les autres. Sans doute cet arrangement, en multipliant les ressorts de l'administration, pouvait, en quelques cas, nuire à la rapidité de l'exécution; mais cet inconvénient était plus que compensé par l'impossibilité où se trouvaient les chefs militaires de se révolter contre l'autorité du prince, comme cela s'était vu trop souvent sous les règnes antérieurs.

5° *Nivellement de toutes les parties de l'empire.* — L'empire, formé de l'agrégation successive de tant de pays conquis, manquait essentiellement d'unité. Il y avait notamment, ainsi que nous l'avons fait remarquer plusieurs fois, une différence très-grande entre l'Italie et les provinces. Les priviléges accordés au sol italique n'avaient eu rien d'injuste dans les premiers temps: il était assez naturel que le pays conquérant ne fût pas soumis au même régime que les pays conquis; mais, à mesure que l'on s'éloignait de l'époque de la conquête, cette inégalité entre les diverses parties du territoire devenait plus choquante. — Adrien avait divisé l'Italie en quatre gouvernements, sous l'autorité d'autant de *consul*[illegible] par là l'organisation de l'Italie avait commencé à se rapprocher de celle des provinces (*Voy.* § 47, 50, 51, 64). — Dioclétien alla beaucoup plus loin : il assujettit, pour la première fois, l'Italie à payer les tributs dont jusque-là elle avait été exempte.

§ 96. — Institutions de Constantin.

Constantin n'eut qu'à continuer et à perfectionner le système dont Dioclétien avait posé les bases. La plupart des institutions dont on attribue l'honneur à Constantin ne furent en réalité que le développement des projets de son prédécesseur.

Ainsi, la division de l'empire en quatre préfectures, qu'est-elle, sinon une modification de la tétrarchie de Dioclétien ?

La centralisation du pouvoir dans les mains de l'empereur; l'abaissement de la puissance militaire; le rehaussement de la dignité impériale; la séparation des pouvoirs civil et militaire; le nivellement des diverses parties du territoire de l'empire ;... tant d'autres innovations dans la nature du gouvernement et les formes de l'administration n'avaient-elles pas été conçues et en grande partie exécutées par Dioclétien ?

Quant au transfert du siége de l'empire de Rome à Constantinople, événement qui exerça une si notable influence tant sur le droit public que sur le droit privé, Dioclétien n'avait-il pas préparé ce déplacement en fixant sa résidence à Nicomédie? Sans doute, le choix de Constantinople fut un trait de génie : de cette admirable position, entre l'Europe et l'Asie, l'empereur dominait toutes les parties de son vaste empire; il couvrait de là les frontières les plus menacées, car il touchait au Danube et à la Scythie.

Il est un point cependant, mais un point capital,

sur lequel Constantin montra une grande supériorité de vues sur son prédécesseur. Dioclétien avait persécuté les chrétiens; Constantin suivit une marche diamétralement opposée.

Par la pureté de leurs mœurs, l'exemption des superstitions grossières de l'ancien monde, et ce sentiment du devoir que la religion nouvelle exaltait jusqu'à l'héroïsme, les chrétiens formaient la partie la plus saine de la population de l'empire; là seulement se trouvaient des éléments de force et de durée.

Ce n'est pas tout. Parmi les vices essentiels de la constitution impériale, nous avons déjà eu occasion de signaler le défaut d'unité entre les diverses fractions soit du territoire, soit de la population; et l'absence d'une organisation hiérarchique de la société, si nécessaire dans une monarchie.

Sous ce double rapport, le christianisme offrait aux réformateurs d'immenses avantages : l'unité de la foi prédisposait les peuples à l'unité civile et politique; la hiérarchie ecclésiastique était un acheminement à la hiérarchie administrative.

Enfin, une fois reconnue la nécessité de rompre avec le passé, et de reconstituer la société sur d'autres bases, il fallait au gouvernement nouveau une religion nouvelle: l'ancien culte rappelant trop l'ancienne société.

Ces raisons politiques furent sans doute pour beaucoup dans la conduite qu'adopta Constantin à l'égard de la religion chrétienne.

Déjà, dans la longue lutte qu'il avait eue à sou-

tenir pour se rendre seul maître de tout l'empire, la faveur qu'il accordait aux chrétiens lui avait valu de zélés partisans, jusque dans le palais de ses compétiteurs. Après sa victoire sur Licinius, Constantin se déclara plus ouvertement encore partisan du christianisme, et en hâta la propagation de tout son pouvoir. On peut même lui reprocher d'être allé trop loin. Non content de favoriser les chrétiens, il persécuta les sectateurs de l'ancien culte. Il jeta la perturbation dans la propriété, en faisant rendre aux chrétiens les biens dont ils avaient été dépouillés aux temps des persécutions; cependant ces biens, confisqués conformément au droit public de cette époque, avaient subi de nombreuses mutations, et avaient fait l'objet d'une multitude d'établissements et de contrats divers. — Enfin il accorda au clergé une foule d'immunités et de priviléges que ses successeurs furent obligés de retirer. — Dans l'ardeur de son zèle, Constantin commit une faute bien autrement grave. Il s'immisça dans le gouvernement de l'Église, convoqua et présida des conciles; mais, par contre-coup, les évêques prirent une place importante dans l'État: ministres et conseillers des princes, ils acquirent de jour en jour une plus grande autorité; bientôt le clergé en vint à prétendre que les ecclésiastiques ne devaient pas être justiciables des magistrats ordinaires. Cette malheureuse confusion du spirituel et du temporel devint, pour les successeurs de Constantin, un écueil presque aussi redoutable que l'avait été, pour les empereurs des second et troi-

sième siècles, le cumul des pouvoirs civil et militaire dans les mains des mêmes fonctionnaires.

§ 97. — Suite des événements depuis Constantin. — Partage de l'empire.

Après la mort de Constantin, l'empire fut partagé, pendant quinze ans, entre ses trois fils; puis il fut réuni sur la tête de Constance (J. C. 353).

A Constance succéda Julien (l'Apostat), le dernier prince de la famille de Constantin, et celui qui eut le plus de vertus et de talents privés; mais auquel l'histoire reproche, avec raison, d'avoir complétement manqué de politique, en abjurant la religion dominante, pour rétablir le culte des faux dieux.

A la mort de Julien, Jovien fut proclamé empereur. Il mourut après un règne de huit mois ; et l'armée, qui se trouvait alors à Nicée, conféra le titre d'Auguste à Valentinien, qui associa à l'empire son frère Valens, auquel il abandonna le gouvernement de l'Orient.

L'empire demeura ainsi divisé pendant trente ans (de 364 à 394); il fut alors réuni, pour la dernière fois, dans les mains de Théodose le Grand.

Théodose laissa deux fils, Arcadius et Honorius, entre lesquels il partagea l'empire. Arcadius, âgé de dix-huit ans, obtint l'Orient, c'est-à-dire les préfectures d'Orient et d'Illyrie; Honorius, âgé de onze ans, eut pour sa part l'empire d'Occident, c'est-à-dire la préfecture des Gaules et celle de l'Italie.

Cette division eut un caractère bien différent de celle qu'avait imaginée Dioclétien, et même de celle qui avait existé sous la famille des Valentinien. Dioclétien n'avait pas voulu former deux États distincts, mais bien deux départements d'un même État. La division actuelle fut bien plus profonde : elle brisa complétement l'unité de l'empire, et, depuis lors, l'Orient et l'Occident ne furent plus jamais réunis dans les mêmes mains.

1° *Empire d'Occident.* — L'empire d'Occident ne tarda pas à succomber.

Dès le troisième siècle, l'Occident avait été souvent ravagé par les incursions des Barbares. Les victoires de Dioclétien, de Constantin et de Théodose avaient, il est vrai, protégé les frontières de l'empire; mais, sous Honorius et ses faibles successeurs, les Barbares formèrent dans les provinces occidentales des établissements permanents.

Les Goths, sous la conduite du célèbre Alaric, occupèrent Rome, l'Italie, l'Espagne et le midi de la France; les Alains, les Suèves et les Vandales traversèrent les Gaules, et s'établirent dans le nord de l'Afrique; les Francs, dans le nord des Gaules; les Bourguignons, dans l'est et dans l'Helvétie; les Saxons s'étaient emparés des Iles Britanniques; Attila, à la tête de ses Huns, avait ravagé les Gaules et l'Italie supérieure; il était venu jusqu'aux portes de Rome. Enfin, après une existence de quatre-vingts ans, l'empire d'Occident cessa d'exister par la déposition de Romulus Augustule (476).

Les empereurs d'Orient assistèrent froidement à la ruine de l'empire d'Occident; non-seulement ils ne lui portèrent aucun secours, mais ils firent souvent alliance avec les Barbares qui l'attaquaient.

2° *Empire d'Orient ou empire grec.* — L'empire d'Orient résista plus longtemps, et se traîna encore bien des siècles. Gouverné par des princes incapables, de mauvaises femmes et des eunuques, il nous offre une suite non interrompue de crimes, de trahisons et de cruautés de tous genres. Les querelles théologiques jouent le principal rôle dans cette triste histoire. Les Grecs dégénérés, grands disputeurs, et naturellement sophistes, ne cessèrent d'embrouiller la religion par leurs controverses : de là cette multitude de schismes et d'hérésies qui vinrent, presque sans interruption, troubler la tranquillité intérieure de l'empire, pendant que, d'un autre côté, les envahissements des Barbares en rétrécissaient chaque jour les limites.

Tableau sans grandeur, dont l'historien détourne les yeux avec dégoût! « Je n'ai pas le courage (dit « Montesquieu) de parler des misères qui suivi« rent; je dirai seulement que, sous les derniers « empereurs, l'empire, réduit aux faubourgs de « Constantinople, finit comme le Rhin, qui n'est « plus qu'un ruisseau quand il se perd dans l'O« céan. »

Cependant, parmi les empereurs qui occupèrent si mal le trône de Constantin et de Théodose, il en est un qui mérite de fixer l'attention de l'his-

torien et du jurisconsulte : c'est Justinien, fils adoptif de Justin, époux de la comédienne Théodora. Prince médiocre, inconstant, dur, avare, possédé de la manie de faire parler de lui et de tout réformer, il jeta plusieurs fois le trouble dans son empire, par le zèle indiscret avec lequel il persécuta les sectes dissidentes; mais il eut le mérite de bien choisir ses généraux et ses ministres. On sait les exploits de Narsès et de Bélisaire, l'Italie et l'Afrique glorieusement reconquises, et bientôt de nouveau perdues. Toutefois, Justinien est plus célèbre encore par les travaux législatifs de Tribonien, que par les victoires de ses généraux.

§ 98. — Influence de tous ces événements sur la législation et la jurisprudence en général.

Ainsi, à partir de Constantin, une société nouvelle vint s'établir sur les ruines de la société ancienne : la législation romaine, obligée de s'accommoder au nouvel état des choses, dut nécessairement perdre son type original. Cette conclusion, nous serions suffisamment autorisés à la poser, en vertu des données générales qui précèdent, et lors même que, d'ailleurs, nous n'en pourrions rapporter aucune preuve directe; mais les preuves directes abondent, et, sans aller plus loin, il suffit de comparer les institutes de Gaius avec celles de Justinien, pour se convaincre de l'étendue et de l'importance des altérations que subit le droit romain sous l'influence des événements que nous venons de rappeler.

Il serait trop long, et hors du cadre de cet ouvrage, d'énumérer ici les modifications que reçurent alors les diverses parties du droit civil: qu'il nous suffise de rappeler brièvement l'effet de toutes ces causes sur la science même du droit; nous dirons, dans les § suivants, quels changements furent apportés dans l'organisation judiciaire.

Parmi les causes qui contribuèrent le plus à accélérer la décadence de la science du droit, il faut principalement en noter deux, en apparence contradictoires, mais qui, en réalité, furent également funestes à l'art du jurisconsulte, savoir: la dégradation générale des intelligences, et l'action (sous d'autres rapports si vivifiante) du christianisme.

La civilisation antique était en pleine dissolution; une longue suite de malheurs inouïs avait ramené le règne de la barbarie. De toutes parts s'offrent à nous les preuves de l'impuissance dont cette époque était frappée. Les ruines du palais de Dioclétien, à Spalatro, attestent à quel degré de décadence les arts étaient tombés. Voici encore un autre fait: les Romains, voulant élever un arc de triomphe en l'honneur de Constantin, ne trouvèrent pas d'artistes capables d'exécuter ce monument, et furent obligés de le construire avec les débris d'un arc de Trajan.

La jurisprudence, cette science si éminemment romaine, pouvait-elle survivre au dépérissement général de toutes les connaissances?

La multitude toujours croissante des rescrits

impériaux prit la place de la doctrine, et à l'autorité du raisonnement substitua l'autorité du prince. L'esprit manquant de ressort moral et d'énergie intellectuelle, au lieu d'imiter les anciens jurisconsultes, on se contenta d'appliquer servilement leurs décisions; au lieu de peser les raisons, on s'habitua à compter les autorités, ce qui est la négation de toute science. La loi des citations de Valentinien vint constater, et, en même temps, consacrer le mal, en réduisant la jurisprudence à un procédé pour ainsi dire mécanique. L'art du jurisconsulte, si noble et si philosophique sous la plume des Papinien et des Ulpien, fut bientôt réduit à la connaissance matérielle des textes.

Par une voie toute différente, le christianisme conduisait au même résultat. Il n'abâtardissait pas les intelligences, tant s'en faut; mais il détournait les esprits nobles et élevés de l'étude des lois humaines, pour les porter vers la méditation des choses religieuses et les disputes théologiques.

Le sceptre de l'intelligence, la considération des peuples, et, par contre-coup, l'émulation et le savoir, passèrent donc des jurisconsultes aux théologiens; et bientôt un historien put écrire que la profession de jurisconsulte était devenue un métier d'affranchi. — D'ailleurs, une antipathie profonde existait entre les jurisconsultes et les chrétiens. Toujours attachés à l'ancien culte, sinon comme religion, au moins comme institution politique, Papinien, Ulpien et Paul avaient persécuté les chrétiens, dans lesquels ils ne voyaient que de

dangereux novateurs. Triomphant à leur tour, les chrétiens devinrent persécuteurs : ils attaquèrent violemment toutes les institutions qui pouvaient se rattacher au polythéisme, et tendirent surtout, de tous leurs efforts, à rabaisser la science et le caractère des jurisconsultes, leurs anciens ennemis.

§ 99. — **Nouvelle division judiciaire et administrative du territoire. — Séparation des pouvoirs.**

I. Dioclétien, en introduisant le système des partages de l'empire, avait préparé la division nouvelle qui fut établie par Constantin. — Le territoire fut divisé en quatre grands gouvernements ou préfectures : l'Orient, l'Illyrie, l'Italie et les Gaules. — La préfecture de l'Orient était divisée en cinq diocèses, comprenant ensemble quarante-huit provinces; elle embrassait l'Asie, l'Égypte, la Libye et la Thrace. — La préfecture de l'Illyrie comprenait les deux diocèses de la Macédoine et de la Dacie, partagés en onze provinces; elle embrassait la Mœsie, la Macédoine, la Grèce et la Crète. — La préfecture de l'Italie était partagée en trois diocèses : l'Italie, l'Illyrie et l'Afrique, formant en tout vingt-neuf provinces qui comprenaient les pays au sud du Danube, jusqu'aux frontières de la Mœsie, les îles de Sicile, de Sardaigne et de Corse, et les provinces d'Afrique, à partir des Syrtes. — La préfecture des Gaules se partageait en trois diocèses : la Gaule, l'Espagne et la Bretagne, comprenant vingt-neuf

provinces qui embrassaient l'Espagne et les îles Baléares, les Gaules, l'Helvétie et la Bretagne.

Chaque préfecture était sous l'autorité d'un préfet du prétoire (§ 105).— Chaque diocèse était administré par un *vicarius* (§ 106). Seulement le diocèse de l'Italie en avait deux : l'un qui gouvernait les provinces septentrionales; l'autre, agissant à côté du préfet de la ville, administrait les provinces du milieu et celles du midi.— Au-dessous des *vicarii*, à la tête de chaque province, était un gouverneur dont le titre variait (*proconsul, rector, consularis, præses* (§ 107) (1).

Les deux capitales, Rome et Constantinople, restèrent en dehors de cette division. Elles n'étaient point soumises à l'autorité des préfets du prétoire; mais elles avaient chacune un préfet de la ville (*præfectus urbi*), magistrat dont nous avons déjà parlé précédemment, et qui avait acquis une prépondérance marquée (§ 108 et 109).

A cette division nouvelle du territoire, il faut ajouter la translation du siége de l'empire de Rome à Constantinople : événement majeur qui acheva de faire perdre à l'Italie son antique suprématie sur les provinces, et qui réduisit les préteurs, autrefois honorés du titre de *magistratus populi romani*, à la condition de simples magistrats municipaux de la ville de Rome.

II. Nous avons déjà signalé comme un des traits

---

(1) Pancirol., *Notit. dignit.*, 34 et 35.

principaux de la réforme opérée par Constantin la séparation systématique du pouvoir civil et du pouvoir militaire, qui, dans les siècles précédents, avaient presque toujours été réunis dans les mêmes mains. Cette accumulation de pouvoir avait fait des préfets du prétoire de véritables maires du palais, redoutables aux empereurs eux-mêmes. Constantin les réduisit à la condition de simples magistrats civils. Cette séparation des pouvoirs civil et militaire se maintint jusqu'à la chute de l'empire d'Occident. Justinien la conserva d'abord en Orient, mais il y dérogea souvent dans la suite, en réunissant ces deux pouvoirs dans des cas particuliers (1).

Mais il ne suffisait pas d'avoir séparé le pouvoir militaire de la puissance civile; il fallait l'organiser : Constantin y pourvut. A côté des quatre préfets du prétoire qui dirigaient les affaires civiles de l'empire, il créa quatre magistrats suprêmes, *magistri militum*, chargés de la haute administration de tout ce qui concernait les armées. Deux de ces magistrats régirent l'Orient, les deux autres veillèrent aux provinces occidentales. Sous leurs ordres, et au même rang honorifique que les proconsuls et les vicaires, se trouvaient d'autres chefs militaires, *duces, comites,* qui dès longtemps déjà existaient dans l'empire, comme lieutenants des préfets du prétoire dans les provinces les plus exposées.

---

(1) *Cod. Justin.*, lib. I, tit. 45, 46, 49; *Novell.*, 24, 31.

§ 100. — Abolition de l'*ordo judiciorum*.

Déjà, quelques années avant Constantin, Dioclétien avait porté à l'ancienne organisation judiciaire une atteinte profonde, en abolissant l'*ordo judiciorum*, c'est-à-dire en détruisant l'intervention du jury dans le jugement des procès : désormais le magistrat dut connaître du fond même des affaires, et prononcer sentence définitive, sans renvoyer à un juré. Toutefois, quand les affaires étaient trop nombreuses, ou quand elles étaient de peu d'importance, le lieutenant impérial pouvait encore en renvoyer la connaissance aux *juges pédanés* (1), dont nous parlerons tout à l'heure. (*Voy.* § 112.)

Il ne faudrait pas, au reste, imputer aux seuls empereurs cette importante innovation : la force des choses l'avait amenée. A mesure que le patriotisme des citoyens s'était affaibli, que l'importance du rôle était devenue moindre, que la multiplicité des affaires avait rendu la charge plus pesante, les fonctions de juré avaient été regardées comme un impôt très-lourd dont on désirait s'affranchir. D'un autre côté, l'insouciance, le dégoût, l'incapacité avec lesquels ces fonctions, jadis si honorées, étaient alors remplies, firent que l'abolition de cette antique institution fut un bienfait pour tous. D'ailleurs, la subdivision du territoire,

(1) Diocl. et Max., L. 2, C., *de Pedan. jud.* — Julian., L. 5, C., *eod. tit.*

et, partant, la création d'un grand nombre de magistrats, rendait bien moins nécessaire l'assistance des jurés.

Bien que la constitution de Dioclétien ne s'applique expressément qu'aux gouverneurs des provinces, tout porte à croire que l'*ordo judiciorum* tomba en même temps à Rome et dans les municipes.

§ 101. — Résumé et vue d'ensemble sur la nouvelle organisation judiciaire.

Si maintenant nous recherchons quel était l'ensemble de l'organisation judiciaire résultant de tous ces changements, nous trouvons quatre espèces principales de juridictions: 1° la juridiction ordinaire, pour les affaires civiles et criminelles; 2° la juridiction administrative, pour le contentieux administratif et les matières fiscales; 3° la juridiction militaire; 4° la juridiction ecclésiastique. — Pour chacune de ces juridictions peut-être, mais certainement pour la juridiction ordinaire, on doit distinguer: 1° les *autorités supérieures*, dont le pouvoir s'étendait sur de grandes divisions territoriales (par exemple, le préfet du prétoire, sur toute une préfecture; le *rector provinciæ*, sur toute une province); 2° des *autorités locales,* qui n'étaient instituées que pour une seule cité (par exemple, le préfet de la ville et le préteur urbain à Rome et à Constantinople, les magistrats des municipes, les *defensores civitatum*).

Dans chaque province, le *rector provinciæ* est

maintenant le tribunal ordinaire pour les affaires civiles; il est appelé par excellence *judex ordinarius* (1). Ce lieutenant impérial a le titre de *consularis* ou de *corrector*, dans les provinces d'une étendue médiocre; il est appelé *præses* dans les petites, et *proconsul* dans celles qui ont une grande étendue. C'est aussi devant le *rector provinciæ* que se portent les appels des sentences rendues par les autorités locales (2). — Les préfets du prétoire et de la ville connaissent en dernière instance, et comme remplaçant l'empereur (*vice sacrâ*) (3). — Le gouverneur du diocèse de l'Orient, au lieu d'avoir le titre de *vicarius*, s'appelait *comes orientis*.

En Egypte, le gouverneur porte encore le titre de *præfectus augustalis;* mais, quoique n'étant point assimilé aux préfets du prétoire, son autorité est pourtant beaucoup plus grande qu'autrefois. Il a rang de *vicarius* (*spectabilis*). Il a au-dessous de lui des *ordinarii judices*, et notamment le *juridicus Alexandriæ* (4).

Les fonctionnaires judiciaires, remplissant maintenant la double fonction de magistrat et de juge,

(1) Constantin., L. 1, 2, 3, 4, 5, 6, C. Th., *de Offic. rector. provinc.*

(2) Valentin. et Valens., L. 1 et 3, C. Th., *de Rep. appell.*

(3) Constant., L. 1; —Valentin. et Valens., L. 3, C. Th., *de Offic. præf. urb.* — Constant., L. 16, C. Th., *de Appellat.*

(4) Julian., L. 2, C., *de His qui per metum.* — Leo et Anthem., L. 13, C., *de Adv. div. judic.;* L. un., C., *de Offic. jurid. Alex.*—Theod., Arcad. et Honor., L. 2, C., *de Offic. præf. aug.*

ont, plus encore qu'autrefois, besoin de l'aide des assesseurs (*officium*). Ceux-ci ne sont toujours que de simples conseillers, le juge décide seul ; et toutefois les tribunaux ont, à cette époque, beaucoup plus de ressemblance avec nos cours de justice, que n'en avaient eu les anciens tribunaux romains. Mais, chose singulière, bien que le magistrat ne fût point tenu de déférer à l'avis de ses assesseurs, ceux-ci n'en étaient pas moins responsables des infractions aux lois dont le magistrat pouvait se rendre coupable : ils devaient résister au magistrat qui voulait violer la loi ou la justice; mais on ne sait trop comment ils pouvaient rendre leur opposition efficace (1).

L'empereur, juge souverain en dernier ressort pour toute l'étendue de l'empire, est assisté d'un conseil (*sacrum auditorium*) (2).

Les préfets du prétoire et le préfet de la ville ont aussi chacun un *auditorium*.

(1) Valent., Valens et Grat., L. 5, C. Th., *de Relat.* — Constantin., L. 8, C. Th., *de Appell.* — Constantius et Constans, L. 22, C. Th., *eod.* — Julian., L. 29, C. Th., *eod.* — Valentin. et Valens, L. 34, C. Th., *eod.* — Arcad. et Hon. L. 58 et 59, C. Th., *eod.* — Honor. et Theod., L. 64, C. Th., *eod.*— Constantius et Constans, L. 13, C. Th., *Quor. appell. non recip.* — Valent. et Valens, L. 16, C. Th., *eod.* — Arcad. et Hon., L. 8, C. Th., *de Offic. procons.*; L. 3, C., *de Appar. procons.* — Theod. et Valent., L. 10, C. Th., *de Paganis.*

(2) Grat. Valent. et Theod., L. 44 ; — Valentin., Theod. et Arcad., L. 48, 49 ; — Honor. et Theod., L., 67, C. Th., *de Appell.*—Valentin. et Valens, L. 3, 4, 5 ; — Honor. et Theod., L., 9, C. Th., *de Rep. appell.*

§ 102. — Nomination et hiérarchie des magistrats. — Titres, insignes, étiquette, honneurs.

A aucune époque peut-être, l'étiquette n'a joué un rôle aussi important que dans le Bas-Empire : aussi croyons-nous devoir compléter ces notions générales sur l'organisation judiciaire nouvelle, en donnant quelques détails sur les titres des divers magistrats; parce que ces titres n'étaient point purement honorifiques, mais correspondaient à des différences réelles dans l'autorité et les attributions.

I. *Nomination*, *durée des fonctions*, *traitement*. — C'est à l'empereur qu'appartenait la nomination de tous les fonctionnaires de l'empire : elle avait lieu, en général, sur la présentation des préfets du prétoire ou des chefs de service (1). — C'est aussi des mains mêmes du prince que le magistrat nouvellement nommé recevait, en audience solennelle, son brevet orné des insignes de sa charge (2). A cette audience, le récipiendaire prêtait le serment remarquable qu'il n'avait, à aucun titre, ni directement ni par intermédiaire, acheté des attestations favorables ou de puissantes recommandations (3).

(1) Theod. et Valent., L. 6, C., *ad leg. Jul. repet.* — Justin., L. 9, C., *de Adv. divers. jud.*

(2) Novell. XVII, pr.; XXIV, 6; XXV, 6.

(3) Theod. et Valent., L. 6, C., *ad leg. Jul. repet.* : «Sancimus ejusmodi viros ad provincias regendas accedere, qui «..... jurati inter gesta depromant, «*Se pro administrationibus sortiendis neque dedisse quidpiam, neque daturos unquam*

Les nominations étaient inscrites dans l'almanach impérial (*laterculum*) (1).

La durée des fonctions publiques varia plusieurs fois sous l'empire. Pendant longtemps elle avait été à peu près indéterminée, et ne dépendait guère que du caprice du prince; mais, peu à peu, on en revint au système suivi sous le gouvernement républicain, et on la réduisit à une seule année; excepté, toutefois, pour les préfets du prétoire, qui étaient nommés pour un temps indéfini, et qui cependant restaient rarement en charge plus d'une année (2). C'était là, sans doute, un moyen efficace de tenir les fonctionnaires sous la main de l'empereur, et de prévenir les maux qu'avait trop souvent produits leur pouvoir démesuré; mais cela occasionnait une mobilité qui ne pouvait qu'être très-préjudiciable au bien du service.

Sous la république, les magistrats n'étaient point

«*postmodum fore, sive per se, sive per interpositam (perso-«nam) in fraudem legis sacramentique : aut venditionis dona-«tionisve titulo, aut alio velamento cujuscumque contractus : «et ob hoc* (exceptis [solis] salariis) *nihil penitus tam in «administratione positos, quam post depositum officium pro «aliquo præstito beneficio tempore administrationis, quam gra-«tuito meruerunt, accepturos.*» ... Si quis ausus fuerit præbita «sacramenta negligere, non modo adversus accipientem, sed «etiam adversus dantem accusandi cunctis tanquam crimen «publicum concedimus facultatem : quadrupli pœna eo qui «convictus fuerit, modis omnibus feriendo. (Constantinop., 439. — Cf. Novell. XXIV, 2; LXIX, 3, § 1.

(1) Panciroli, *Notit. dignit.*, cap. 22.

(2) Cassiodor., *Var.*, VI, 4 — 8, 18, 20, 21; VII, 2, 4.

rétribués, parce que les fonctions publiques avaient un caractère essentiellement temporaire, et qu'elles constituaient un honneur, non une profession. — Il en fut autrement sous l'empire : les fonctionnaires reçurent d'abord une rétribution en nature (*annona*); et, enfin, à l'époque dont nous nous occupons maintenant, il leur fut alloué un traitement fixe en argent (1).

II. *Distinctions honorifiques.* — Dans un pays et dans un temps où le luxe était devenu un besoin, et la pompe extérieure une habitude, il n'était guère possible que les dépositaires de l'autorité conservassent l'austère simplicité des magistrats de la république : l'amour du faste ayant envahi toutes les classes de la société, les magistrats devaient, pour soutenir leur ascendant, écraser de leur magnificence le luxe des simples particuliers.

Les magistrats ne se montrèrent plus en public sans être accompagnés d'un cortége nombreux d'officiers de tous rangs; ils se faisaient précéder des faisceaux, des *vexilla*, des images du prince; et, sur leur passage, le peuple devait faire retentir ses acclamations obligées (2).

Les gouverneurs des provinces fixaient leur résidence dans la capitale du gouvernement. Ils y tenaient leurs audiences dans le *prætorium* : c'est là qu'ils recevaient, du haut de leur tribunal, les

(1) Theod. et Valent., L. unic., C., *de Annon. et capit.*

(2) Constantin., L. 3, C., *de Off. rect.* — Grat., Valent. et Theod., L. un., C., *de Quæstorib.*

visites d'honneur que l'étiquette leur donnait le droit d'exiger.

III. *Costume.* — La toge romaine fut abandonnée pour des costumes plus brillants : les magistrats civils revêtirent l'habit militaire (*chlamys*, *pænula*, *cingulum*) (1). Le préfet de la ville, seul, en sa qualité de président du sénat, conserva la toge civile (2).

IV. *Hiérarchie.* — La hiérarchie, établie dans l'ordre administratif, se reproduisait dans l'ordre judiciaire. La juridiction s'échelonnait en plusieurs degrés, au sommet desquels était placé l'empereur.

La juridiction ordinaire, en première instance, appartenait au gouverneur de la province ou *judex ordinarius*.

La juridiction d'appel qui, dans les siècles précédents, avait appartenu exclusivement à l'empereur, fut confiée à des *judices sacri* du rang d'*illustres*, tels que les préfets du prétoire et le préfet de la ville, ou du rang de *spectabiles*, tels que les vicaires des préfets et les proconsuls.

L'empereur se réserva seulement l'appel de ces juges supérieurs (*illustres* ou *spectabiles*); et encore déléguait-il souvent l'exercice de cette juridiction suprême, soit à d'autres fonctionnaires supérieurs, soit à des commissions temporaires ou permanentes.

(1) Cassiodor., *Var.*, VI, 15, 20, 21. — Arcad. et Honor. L. 16, C. Th., *de Offic. vicar.*

(2) Cassiod., *Var.*, VI, 4. — Grat., Valent. et Theod., L. 1, C. Th., *de Habit. quo uti oport. intr. urb.*

Pour les causes de peu d'importance, la connaissance en était attribuée, en premier ressort, aux défenseurs des cités et autres magistrats municipaux; et, en second ressort, au gouverneur de la province.

Enfin, pour certaines affaires privilégiées, l'empereur en connaissait, en personne, en premier et en dernier ressort.

On fut ainsi conduit à diviser tous les magistrats de l'empire en trois classes principales:

1° Les *magistratus minores* (*humiliores*), c'est-à-dire les magistrats municipaux et les défenseurs des cités;

2° Les *magistratus ordinarii*, c'est-à-dire les gouverneurs ordinaires des provinces, *consulares*, *præsides*, *correctores;* et aussi, quelquefois, les proconsuls et les vicaires, lesquels, cependant, connaissaient le plus souvent comme *judices sacri.*

3° Enfin, les *magistratus sacri*, c'est-à-dire les magistrats auxquels l'empereur déléguait sa juridiction suprême, soit pour connaître des appels, soit pour statuer, en premier et dernier ressort, sur les causes extraordinairement évoquées. Ces délégués jugeaient dans les mêmes formes et avec la même autorité que l'empereur lui-même. (*Vice sacra.* — *Auditorium sacrum.*)

V. *Titres de distinction.* — Comme dans les États monarchiques, toute autorité finit par se traduire en distinctions honorifiques: chaque degré de magistrature reçut un titre qui déterminait son importance et son rang dans la hiérarchie.

1° ILLUSTRES. — Le titre d'*illustris* était donné : 1° aux fonctionnaires civils et militaires les plus élevés ; 2° et à certains dignitaires qui n'étaient pas fonctionnaires publics, mais qui occupaient les premières charges dans le palais des empereurs.

Les *illustres* étaient : les quatre *præfecti prætorio* : deux pour l'Orient, deux pour l'Occident (1); les deux *præfecti urbi* : celui de Constantinople, et celui de Rome (2); les sept *magistri militum*, ou *comites militum* (*equitum, peditum*) : cinq pour l'Orient, deux pour l'Occident (3); les deux *magistri officiorum* : un pour chacun des deux empires (4); les deux *quæstores sacri palatii* : l'un pour l'Orient, l'autre pour l'Occident (5); les deux *comites sacrarum largitionum* (6); les deux *comites rei privatæ* (7); les quatre *comites domesticorum* (*equitum, peditum*) (8); les *præpositi sacri cubiculi* (9).

(1) Theod. et Valent., L. 32, C., *de Appell.*; L. 11, C., *de Adsess.*

(2) Theod. et Valent., L. 11, C., *de Adsess.*

(3) Theod. et Valent., L. 11, C., *de Adsess.* — Arcad, Honor. et Theod., L. unic., C., *Ne rei mil.*

(4) Theod. et Valent., L. 11, C., *de Adsess.* — Theod. et Valent., L. 2, C., *de Temp. appell.*

(5) Theod. et Valent., L. 32, C., *de Appell.*

(6) Honor. et Theod., L. 8, C., *de Defens. civ.*

(7) Constant., L. 6, C., *Ubi causa fiscal.* — Hon. et Theod., L. 8, C., *de Defens. civ.*

(8) Zeno, L. 64, C., *de Decur.*

(9) Hon. et Theod., L. 1; — Anastas., L. 5, C., *de Præpos. sacr. cubic.*

2° SPECTABILES. — Comme les *illustres* dont nous venons de parler, les *spectabiles* comprenaient des dignitaires de plus d'une sorte. Les uns appartenaient aux emplois civils et militaires, et joignaient aux attributions administratives de leurs charges une juridiction encore fort importante et d'un ordre supérieur. Les autres, revêtus de charges du palais, n'exerçaient point de magistratures proprement dites, et jouissaient seulement des honneurs attachés au titre de *spectabilis*.

Avaient rang de *spectabiles*: les trois *proconsules* d'Asie, d'Achaïe, d'Afrique (1); les onze *vicarii* : cinq en Orient, six en Occident (2); le *præfectus augustalis Ægypti* (3); le *comes Orientis* (4); les huit *comites rei militaris* : deux en Orient, six en Occident (5); les vingt-cinq *duces*: treize en Orient, douze en Occident (6); les sept *magistri scriniorum* : quatre en Orient, trois en Occident (7); le *primicerius notariorum*, en Orient (8); les *primicerii sacri*

(1) Theod. et Valent., L. 32, C., *de Appellat.* — Arcad. et Hon., L. 6, C., *de Modo mult.*

(2) Theod. et Valent., L. 32, C., *de Appell.*

(3) Theod. et Valent., L. 32, C., *de Appell.* — Arcad. et Hon., L. 6, C., *de Modo mult.*

(4) Theod. et Valent., L. 32, C., *de Appell.* — Arcad. et Hon., L. 6, C., *de Modo mult.*

(5) Valent., Valens et Grat., L. 1, C., *de Comit. rei mil.*

(6) Theod. et Valent., L. 3, C., *de Offic. milit.*

(7) Justin., L. 66, C., *de Decurion.*—Theod. et Valent., L. 1, C., *de Magistr. sacrorum scrin.* — Panciroli, *Notit. dignit.*, cap. 2.

(8) Panciroli, *Notit. dignit.*, cap. 2. — Zeno, L. 2, C., *de*

cubiculi : un en Orient, un en Occident (1); les *castrenses sacri palatii* : un en Orient, un en Occident (2). — Ce titre était encore donné à toute une classe des conseillers d'État, aux *comites sacri consistorii* (3). — Les *comites primi ordinis* avaient aussi rang de *spectabiles* (4).

3° CLARISSIMI. — Dans l'ordre judiciaire, il y avait une différence marquée entre les *clarissimi* et les *spectabiles ;* car les clarissimes, simples *judices ordinarii,* ne recevaient pas, du moins en général, la délégation impériale pour statuer *vice sacrâ*. Les appels de leurs sentences devaient être portés au tribunal des *spectabiles*, et non plus, au moins directement, à celui de l'empereur.

Le titre de clarissime, dès longtemps avant l'époque dont nous nous occupons, avait été pour les sénateurs, leurs femmes, leurs fils et leurs filles, (sauf pour ces dernières le cas de mésalliance), une distinction nobiliaire (5).

Avaient rang de clarissimes les trente-sept *consulares*: quinze en Orient, vingt-deux en Occident (6); les cinq *correctores* : deux en Orient, trois en Oc-

---

Primic. et secund.— Grat., Valent. et Theod., L. 2, C. Th., *de Primicerio et notariis.*

(1) Panciroli, *Notit. dignit.,* cap. 2.

(2) Panciroli, *Notit. dignit.,* cap. 2.

(3) Anastas., L. 4, C., *de Adv. dic. judic.*

(4) Hon. et Theod., L. unic., C., *de Comit. qui prov.;* L. 16 et 17, C. Th., *de Censit. peræq. et inspect.;* L. unic., C. Th., *de Com. ord. prim. art. div.*

(5) Ulpian., L. 8, ff., *de Senat.*

(6) Panciroli, *Notit. dignit.,* cap. 2.

cident (1); les soixante-treize *præsides* : quarante-deux en Orient, trente et un en Occident (2); les *magistri census* (3); les *principes agentium in rebus* (4); les *silentiarii sacri palatii* (5); les *advocati* (*deposito advocationis officio*) (6) et les *advocati fisci* (7).

4° Perfectissimi.—Ce titre se donnait aux fonctionnaires du dernier rang : il était cependant donné aussi aux présidents de quelques provinces peu importantes, dont les attributions et la compétence ne semblent pas avoir été, pour cela, plus étroites que celles des présidents clarissimes. D'après la *Notitia dignitatum*, les *præsides Arabiæ* et *Isauriæ*, en Orient, et, en Occident, le *præses Dalmatiæ*, n'avaient que le rang de perfectissimes.

Sous l'empereur Zénon, le *magister census*, auquel Justinien donna plus tard le titre de clarissime, n'était encore que perfectissime. C'est aussi à la classe des perfectissimes qu'appartiennent le *præfectus vigilum*, le *præfectus annonæ*, les *duumviri* (8), les *decuriones* (9), les *primores civitatum* (10).

Après les perfectissimes venaient les *egregii* relégués au dernier degré de l'échelle nobiliaire (11).

---

(1) Theod. et Valent., L. 2, C., *de Temp. et repar. Appell.*
(2) Justin., L. 3, C., *de Jure emphyt.*
(3) Justin., L. 3, C., *de Jure emphyt.*
(4) Justin., L. 66, C., *de Decurion.*
(5) Anastas., L. 25, C., *de Excusat. tut.*
(6) Anastas., L. 1, C., *de Adv. div. judic.*
(7) Anastas., L. 4, C., *de Adv. div. judic.*
(8, 9, 10) Lactant., *de Mort. persecut.*, cap. 21.
(11) Constantin., L. 1, C. Th., *de Honor. cod.*; L. 1, C. Th., *de Cæsarianis.*

5° *Autres titres.* — Outre ces différentes dénominations honorifiques, il y en avait encore quelques autres qui paraissent offrir moins d'intérêt pour l'organisation judiciaire, et que nous nous contenterons d'énumérer.

Les membres de la famillé impériale étaient salués du titre de *nobilissimi* (1). Entre les princes du sang et les *illustres*, l'étiquette donnait rang aux *patricii* (2).

Les chevaliers, *equites*, furent placés, tantôt immédiatement après les *clarissimi*, tantôt après les *perfectissimi.*

Les *comites* se divisaient en trois classes : les comtes de première clase étaient assimilés aux *spectabiles;* ceux de seconde et troisième classe, avaient rang de perfectissimes.

Dès les premiers temps, les empereurs conféraient à leurs favoris des titres d'offices publics sans fonctions réelles, et uniquement pour leur donner, à l'aide de ces titres, des traitements et des privilèges de noblesse. C'est ainsi qu'on rencontre, à la cour impériale, des *illustres* ou des *spectabiles*, les uns sans fonctions et sans charges (*honorarii*), les autres, qui, bien que n'ayant pas d'attributions positives, ont au moins les insignes des fonctionnaires actifs, et sont souvent appelés aux délibérations du conseil d'État (*vacantes*).

---

(1) Honor. et Theod., L. 21, C. Th., *de Lustrali collat.*

(2) Justin., L. 5, C., *de Consul.* — Theod. et Valent., L. 1, C., *eod. tit.* — Zeno, L. 3, C., *eod. tit.*

Outre les honneurs et les distinctions d'étiquette, ces différents titres donnaient des priviléges très-réels, et notamment l'exemption de certains impôts. Ils constituaient donc une noblesse véritable, avec sa hiérarchie et ses franchises; mais qui cependant, d'après une loi de Constantin, resta toujours assujettie au payement de l'impôt foncier.

SECTION I.

Juridiction ordinaire.

I. *AUTORITÉS SUPÉRIEURES EMBRASSANT DE GRANDES DIVISIONS TERRITORIALES.*

§ 103. — Empereur. (*Voy.* § 55.)

La juridiction impériale se présente sous une triple forme : *relationes*, *appellationes*, *supplicationes*.

I. *Relatio* ou *consultatio*. — C'est l'acte par lequel un magistrat embarrassé par quelque doute, sollicite de l'empereur une réponse qui dissipe ce doute, une interprétation qui puisse le guider dans le jugement qu'il a à rendre (1).

(1) *Voyez* la correspondance de Pline le Jeune avec Trajan et le dixième livre des lettres de Symmaque. — Certaines affaires étaient réservées à la décision du prince, soit à cause de leur importance, soit en raison du rang élevé des parties. C'était en matière criminelle que cette juridiction exceptionnelle était le plus fréquemment invoquée :

Le *judex ordinarius* faisait l'enquête, et dressait un rapport qu'il envoyait à l'empereur, avec les actes et les observations des parties (1). Le *quæstor sacri palatii* préparait alors le rescrit du prince. — Justinien voulut que ce magistrat, assisté de deux *illustres*, fît une seconde instruction (2).

Le rescrit qui intervenait alors était un véritable jugement, en premier et dernier ressort, rendu par l'empereur à la place du *judex ordinarius*.

Sous Justinien, les parties purent être présentes; tandis qu'autrefois c'était seulement au bout d'un an qu'il leur était permis d'aller à Constantinople solliciter la décision de leur cause (3). Mais, en revanche, on pouvait autrefois faire réformer la sentence pour des allégations fausses en fait (4); tandis que, sous Justinien, tout recours fut interdit (5).

---

quelques ordres privilégiés, les soldats, les sénateurs, les *illustres*, entraînaient devant le tribunal impérial les procès criminels où ils se trouvaient impliqués. (Constantin., L. 2, § 3, C. Th., *de Falsa monet.* — Valent., Valens et Grat., L. 10, C. Th., *de Pœnis.* — Theod., Valens et Arcad., L. 16, C., *de Dign.*—C. Th., Novell. XLVII, § 3.)

(1) Zeno, L. 7, C., *de Divers. rescript.* — C. Th., Novell. LXII. — Justin., Novell. CXIV, cap. 1.

(2) Justin., L. 34, C., *de Appell.*

(3) Valentin. et Valens, L. 34; — Valentin., Theod. et Arcad., L. 47; — Arcad. et Honor., L. 54; — Honor. et Theod., L. 66, C. Th., *de Appell.*

(4) Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Appell.* — Alexand., L. 2, C., *de Appell.* — Macer., L. 3, ff., *Quando appell.*

(5) Justin., L. 34, C., *de Appell.*—Constantin., L. 6, 9 et 11, C. Th., *de Appell.*—Symmach., *Epist.*, X, 69. — Theod. et Valent., L. 2, C., *de Legib.*

Justinien, qui avait admis, dans son Code, le système des *relationes*, les abolit dans les Novelles; et imposa aux magistrats l'obligation de résoudre eux-mêmes les difficultés qu'ils pourraient rencontrer dans l'exercice de la juridiction (1).

II. *Appellatio.* — C'était principalement comme juge d'appel que l'empereur exerçait la juridiction. Toutefois, ces appels devinrent bientôt si nombreux, que les empereurs n'auraient pu y suffire : aussi, depuis Constantin, chercha-t-on sans cesse à réduire le nombre des cas dans lesquels l'appel pouvait être porté à l'empereur en personne. A cet effet, on établit dans la capitale, et dans diverses parties de l'empire, des délégations permanentes pour connaître des appels impériaux (*Sacræ cognitiones. Judices sacrarum cognitionum. Vice sacra*). Ces juridictions étant plus rapprochées des parties, avaient en outre l'avantage d'éviter aux plaideurs les frais de déplacement, et les lenteurs qui résultaient de l'encombrement des affaires au tribunal impérial.

Toutefois, jusqu'à Théodose II, l'appel contre les jugements prononcés par les *judices spectabiles* était encore porté directement à l'empereur, qui en renvoyait quelquefois la connaissance aux préfets du prétoire ou de la ville. Théodose créa, pour les appels de cette espèce, une commission permanente composée du préfet du prétoire de Constanti-

(1) Novell. CXXV.

nople (*in comitatu*) et du *quæstor sacri palatii;* il se réserva seulement de connaître en personne des appels des *judices illustres* autres que les préfets du prétoire, lesquels jugeaient en dernier ressort (1). — Cela dura jusqu'à Justinien (2) : ce prince n'admit plus au tribunal impérial que les appels les plus importants; il déféra les autres à un ou à deux juges, choisis parmi les *illustres*, selon que la valeur du litige était de dix ou de vingt livres d'or (3).

III. *Supplicatio.* — La *supplicatio* est l'acte par lequel une partie demande que la cause soit portée devant des juges autres que ceux qui, régulièrement, devraient en connaître. — L'appel suppose une sentence déjà prononcée; la *supplicatio*, au contraire, intervient avant toute sentence, avant même le commencement des débats. Le prince fait droit à la *supplicatio*, soit en évoquant l'affaire à son propre tribunal, soit en la renvoyant à quelque juge délégué, le plus souvent à un *illustris* ou à un *spectabilis* voisin du lieu où s'agite le procès.

Cette dérogation aux règles de la compétence n'était autorisée que pour des causes graves, telles que le soupçon de partialité contre les juges (4),

---

(1) Theod. et Valentin., L. 32, pr. et § 5, C., *de Appell.*

(2) Novell. XX, 1; XXIV, 5; XXXI; CXXVI, pr.

(3) Justinian., L. 37 et 39, § 2, C., *de Appell.*; L. 10, C., *Quando provoc.*

(4) Ammian. Marcell., XXVII, 7.

la crainte d'un adversaire puissant (1), ou la faiblesse du suppliant (2), le déni de justice (3), etc.

§ 104. — Conseil d'État (*sacrum consistorium*). (*Voy.* § 56.)

I. *Organisation.* — Le conseil d'État, qui, à partir de Dioclétien, prit le nom de *sacrum consistorium*, reçut une organisation qui ne manque pas d'analogie avec celle de notre conseil d'État de France.

Il faut d'abord distinguer le *service ordinaire* du *service extraordinaire.*

1° Les conseillers en service ordinaire, ou permanents, *in actu positi*, portaient le titre de *comites consistoriani;* ils étaient de deux classes:

Quatre *illustres*, savoir: le *quæstor sacri palatii*, le *magister officiorum*, le *comes sacrarum largitionum* et le *comes rei privatæ* (4).

Un nombre variable de *spectabiles* (5), désignés par le titre générique de *comites consistoriani* (6),

---

(1) Constantin., L. 2, § 1, C. Th., *de Off. jud. omn.*; L. 1, C. *Quando imper. int. pupill.*— C. Th., Novell. LXXXI, § 2.

(2) Constantin., L. 2, C. Th., *de Off. jud. omn.*; L. 1, C. *Quando imper. int. pupill.*

(3) Ulpian., L. 5, § 1, ff., *de Appell. recipiend.*

(4) Julian., L. 5, C. Th., *de Fid. test.* —Valent., Valens et Grat., L. 1, C. Th., *de Quæst.* — Grat., Valent. et Theod., L. 3, C. Th., *de Metatis.* — Arcad. et Honor., L. 3, C. Th., *ad Leg. Corn. de Sic.* — Grat., Valent. et Theod., L. 1 et L. 4, C. Th., *de Pal. sacr. larg.*—Symmach., *Epist.*, I, 17. — Procop., *de Bell. pers.*, I, 24. — Cassiod., VI. 5.

(5) C. Th., Novell. XLV, § 1.

(6) *Voyez* les *Rubriques* du Cod. Theod., lib. VI, tit. 12, et du Cod. Justin., lib. XII, tit. 10.

ou par ceux de *comites primi ordinis in consistorio*, ou *intra consistorium* (1), parce qu'ils appartenaient à la première des trois classes de comtes (2). — Ces conseillers n'avaient d'ailleurs ni dénominations, ni fonctions particulières.

2° Le service extraordinaire comprenait les *vacantes* et les *honorarii* (3).

Les *vacantes* étaient des fonctionnaires publics, sans attributions déterminées, et qui n'étaient qu'accidentellement chargés d'un service actif; ils en portaient cependant le signe distinctif (*cingulum*) comme les conseillers ordinaires (*in actu positi*). Il faut compter, dans cette catégorie, les *vacantes illustres*, qui avaient droit de séance au conseil, par cela seul qu'ils étaient présents à la cour (4); et les *vacantes* du rang des *spectabiles*, qui n'avaient droit de séance qu'extraodinairement et en vertu d'une convocation expresse (5).

Les *honorarii* n'avaient que le titre, sans fonctions réelles; ils ne portaient pas le *cingulum*.

Dans le service ordinaire, on peut encore comp-

---

(1) Haubold, *de Consist. princip.*, pag. 298.

(2) C. Th., Novell. XLV, § 1.

(3) Theod. et Valent., L. 2, C., *ut Dignit. ordo.* — Honor. et Theod., L. unic., C. Th., *de Comit. vacant.* — Theod. et Valent., L. 8, § 1, C. Th., *de Honor. codicill.* — C. Th., Novell. VII, § 4. — *Voyez* Haubold, *l. c.*, pag. 293.

(4) *Voyez* la note précédente, et notamment la L. 2, C., *ut Dignit. ordo.* — Cassiod., *Var.*, VI, 10, 11.

(5) *Voyez* les *Rubriques* du C. Th., *de Comit. vacant.*, et *de Comit. consistor.* — Cassiod., *Var.*, VI, 12.

ter le *præfectus prætorio in comitatu* (1), et les *magistri militum in præsenti* (2), lesquels, en leur qualité de fonctionnaires suprêmes de l'empire, avaient leur entrée au conseil pour y discuter les affaires de leurs départements. — On doit, au contraire, considérer comme appartenant plutôt au service extraordinaire, certains autres fonctionnaires supérieurs, tels que les consuls, le préfet de la ville, le *præpositus sacri cubiculi*, etc., qui n'avaient que par exception entrée au conseil.

Tous les membres du conseil sont quelquefois désignés par les noms de *proceres sacri palatii*, *consistorii*, *auditorii*, bien que ces titres semblent plus spécialement affectés aux fonctionnaires supérieurs ayant le rang d'*illustres* (3).

II. *Attributions.* — C'est dans le conseil d'État que l'empereur donnait ses audiences solennelles (4); c'est là que se traitaient toutes les affaires concernant la législation, l'administration et la justice (5).

(1) Valent., Theod. et Arcad., L. 10, C. Th., *de Legat.* — Lydus, *de Magistr.*, II, 9.

(2) C. Th., Novell. XXXIII, § 5. — Amm. Marcell., XV, 5 et 6; XXXI, 12.

(3) Justin., L. 37 et 39, C., *de Appell.* — C. Th., Novell. XXXV, § 2. — Justin., Novell. XXIII, 2. — Cassiod., *Var.*, VI, 10 et 12.

(4) Cassiod., *Var.*, VI, 6. — Ammian. Marcell., XIV, 7, et XXVIII, 1. — Lydus, *de Magistr.*, II, 26.

(5) Theod. et Valent., L. 8, C., *de Legib.* — Valent., Theod. et Arcad., L. 10, C. Th., *de Legatis.* — C. Th., Novell. XXXIII, § 5.

Haubold pense qu'il faut distinguer l'*auditorium principis*, du *sacrum consistorium* : l'*auditorium*, où se traitaient spécialement les affaires judiciaires, aurait compris certaines personnes qui ne faisaient point partie du *consistorium*, et notamment des jurisconsultes, qui, d'ailleurs, n'avaient pas le rang de conseillers d'État, mais celui de simples assesseurs (1). Mais Bethmann-Hollweg a combattu cette opinion avec beaucoup de force (2).

III. *Procédure.* — Les officiers de la chancellerie faisaient le rapport d'après les mémoires et les pièces produites par les parties (3). — Cependant les parties comparaissaient aussi, quelquefois, en personne, ou par des représentants, et pouvaient plaider leur cause de vive voix (4); elles devaient être revêtues d'un costume particulier (5).

Les conseillers opinaient dans l'ordre de leurs rangs respectifs (6); mais la décision appartenait à l'empereur; lecture en était donnée par le *quæstor sacri palatii* (7).

---

(1) Haubold, *de Consist. princ.*, spec. I, cap. 3, pag. 230-240.

(2) Bethmann-Hollweg, *Gerichtsverfassung und prozesz des sinkenden römischen Reichs*, pag. 113 et seq.

(3) Justin., L. 39, § 1, C., *de Appell.* ; L. 3, C., *de Temp. appell.*

(4) Justin., L. 37 et 39, § 1, C., *de Appell.* — Gruter., *Inscript.*, XXVIII, 2.

(5) Novell. CXXVI, pr. et cap. 1.

(6) Novell. LXII.

(7) Justin., L. 12, C., *de Legib.* — Novell. CXXVI, pr. et cap. 1. — Cassiod., *Var.*, VI, 5.

Quand l'empereur n'assistait pas à la séance, il lui était fait un rapport de la délibération du conseil; et sur ce rapport intervenait la décision impériale (1).

§ 105. — Préfets du prétoire. (*Voy*. § 57.)

Bien que Constantin leur eût enlevé tout pouvoir militaire, les préfets du prétoire conservèrent une très-grande importance : c'est sur eux que roulaient tous les soins du gouvernement. Les quatre préfets se partageaient toute l'administration civile de l'empire, qu'ils dirigeaient, dans leurs préfectures respectives, avec un pouvoir presque royal.

Le préfet des Gaules avait fixé sa résidence à Trèves; celui d'Illyrie à Sirmium; celui d'Italie, tantôt à Rome, tantôt à Milan; enfin, le préfet d'Orient, le plus important de tous, résidait à Constantinople avec la cour impériale : aussi était-il désigné par les expressions *præfectus præsens*, ou *in comitatu*, *primus præfectorum* (2).

Les attributions des préfets comprenaient la législation, l'administration et la justice.

Ils promulguaient les lois impériales, et rendaient des édits généraux dont l'autorité ne différait guère de celle des lois elles-mêmes (3).

---

(1) Novell. LXII.

(2) Amm. Marcell., XIV, 1; XVI, 8.

(3) Cassiod., VI, 3 : «Pene est ut leges possit condere.

Ils étaient chargés de la répartition et du recouvrement des impôts décrétés par l'empereur (1).

C'est sur leur présentation qu'étaient nommés les gouverneurs des provinces. Le préfet exerçait sur tous ces magistrats une surveillance très-active et très-réelle : il était leur juge naturel (2), et pouvait les suspendre et les remplacer provisoirement (3).

Les préfets du prétoire, en tant que *judices sacri*, exerçaient, dans l'étendue de leur préfecture, la juridiction impériale (*vice sacra*) (4). — Comme l'empereur lui-même, ils pouvaient connaître en premier et dernier ressort, *omisso medio*, dans certaines circonstances, et notamment lorsqu'il y avait des motifs de craindre que le *judex ordinarius* ne fût pas dans des conditions d'impartialité, ou lorsqu'il

---

Gratanter implemus quæ ille constituit. » — Alexand., L. 2, C. *de Off. præf. præt. Or.* — Justin., L. 16, C., *de Judic.*

(1) Leo et Anthem., L. 4, C., *de Canon. largit.* — Grat., Valent. et Theod., L. unic., C., *de Superind.* — Novell. CXXVIII, 1.

(2) Valent., Theod. et Arcad., L. 4, C., *de Off. præf. præt. Or.*

(3) Valent., Theod. et Arcad., L. 3, C., *de Off. præf. præt. Or.*; L. 9, C. Th., *de Off. præf. præt.*

(4) Constantin., L. 16, C. Th., *de Appell.* « ... A præfectis « autem prætorio, qui soli *vice sacra* cognoscere vere dicendi « sunt, provocari non sinimus, ne jam nostra contingi ve- « neratio videatur. Quod si victus oblatam nec receptam a « judice appellationem affirmet, præfectos adeat, ut apud « eos de integro litiget, tanquam appellatione suscepta. « Superatus enim si injuste appellasse videbitur, lite per- « dita, notatus abscedet, aut si vicerit, contra eum ju- « dicem, qui appellationem non receperat, ad nos referri « necesse est, ut digno supplicio puniatur. »

y avait de sa part déni de justice (1). — C'était devant les préfets, devant leurs vicaires, ou devant les proconsuls, que se portait, suivant les distances (2) ou l'importance de la cause (3), l'appel contre les sentences du *judex ordinarius* (4).

Les décisions du préfet du prétoire étaient sans appel, comme celles de l'empereur qu'il représentait (5). Toutefois, on pouvait obtenir du préfet lui-même la rétractation de la sentence : c'était une sorte de requête civile (6).

§ 106. — Vicaires des préfets du prétoire.

Le vicaire, préposé à l'administration civile et judiciaire de chaque diocèse, était réputé tenir la place du préfet du prétoire; toutefois on ne peut le

---

(1) Const., L. 1, C. Th., *de Off. rect. prov.*; L. 4, C., *de Jurisd. omn. jud.*

(2) *Arg.* Constantin., L. 7, C. Th., *de off. rect. prov.* — Constant. et Constans, L. 27, C. Th., *de Appell.*

(3) Novell. XXIII, cap. 4; XXIV-XXXI.

(4) Constantin. et Constans, L. 27, C. Th.; — Honor. et Theod., L. 67, C. Th., *de Appell.*— Constantin., L. 2 et 3; — Constant., L. 4, C. Th., *de Off. præf. præt.* — *Voy.* aussi Novell. XX, pr. et cap. 5; XXIII, 3. — Constantin., L. 16, C. Th., *de Appell.*

(5) Constantin., L. 16, C. Th., *de Appell.*—Aurel., L. unic., § 1, ff., *de Off. præf. præt.* — Novell. LXXXII, cap. 12. — Cassiod., *Var.*, VI, 3 : *Potest negotia sine appellatione finire.*

(6) Diocl. et Max., L. unic., C., *de Sententiis præf. præt.*— Novell. LXXXII, cap. 12; CXIX, cap. 5. — Hermog., L. 17, ff., *de Minor.*

considérer comme étant le représentant complet du préfet : d'une part, en effet, il ne statuait pas avec la même autorité que le préfet, puisque ses décisions sont sujettes à appel; et, d'autre part, le vicaire tenait ses pouvoirs, non du préfet, mais directement de l'empereur (1). — Le vicaire avait seulement le rang de *spectabilis;* il était considéré comme personne privée (*privatus*), quand le préfet du prétoire était présent (2).

Les fonctions des vicaires étaient du reste de la même nature que celles des préfets du prétoire : elles comprenaient la surveillance des gouverneurs des provinces du diocèse (3), la perception des

(1) Cassiod., *Var.*, VI, 15 : « Vices agentium mos est, sic judicum voluntatibus obedire, ut suas non habeant dignitates. Splendent mutuato lumine, nituntur viribus alienis et quædam imago in illis videtur esse veritatis qui proprii non habent jura fulgoris. Tu autem vicarius diceris, et tua privilegia non relinquis : quando propria est jurisdictio, quæ datur a principe. Habes enim cum præfectis aliquam portionem, partes apud te sub prætoriana advocatione confligunt. Vice sacra sententiam dicis, et quod maximæ fidei signum est, in inscriptionibus vita tibi committitur hominum, quod inter mortales constat esse pretiosum. » — Valent., Valens et Grat., L. 1, C., *de Officio vicarii.*

(2) Ambrosius, *Comment. in epist. Pauli ad Colossens.*, cap. 2 : « Numquid aliquis vicem domini agens ipso præsente dominatur ? Si præfectorum vicarii, præsentibus eis, privati sunt, quanto magis servi, præsente domino, etiam ipsi in obsequio debent videri. »

(3) Valent., Valens et Grat., L. 6 ; — Arcad. et Honor., L. 15 et 17, C. Th., *de Officio vicar.* — Valent. et Valens, L. 33, C. Th., *de Appell.*

impôts (1), et la juridiction (2). Ils pouvaient correspondre directement avec l'empereur (3).

Bien qu'il fût réputé exercer la juridiction impériale, comme il n'avait que le rang de *spectabilis*, le vicaire ne jugeait point en dernier ressort : qu'il eût été saisi *ex appellatione*, *ex delegato*, ou *ex ordine* (4). L'appel contre sa décision se portait devant l'empereur, qu'il représentait, il est vrai, mais moins pleinement que le préfet du prétoire. La connaissance de ces appels fut quelquefois déléguée au préfet du prétoire ou à celui de la ville; Théodose les soumit à une commission spéciale établie à Constantinople, et composée du *præfectus prætorio Orientis* et du *quæstor sacri palatii* (5).

---

(1) Grat., Valent. et Theod., L. 10 ; — Arcad. et Hon., L. 14, 15 et 17, C. Th., *de Off. vic.*—Valent., Theod. et Arcad., L. 1, C. Th., *de Off. præf. aug.*; L. 1, C. , *eod. tit.*

(2) Constant., L. 16, C. Th., *de Appell.* — Valens, Grat. et Valent., L. 7, C. Th., *de Off. vic.*— Valens, Grat. et Valent., L. 1, C., *de Off. vicar.* — Cassiod., *Var.*, VI, 3, 15.

(3) Valens, Grat. et Valent., L. 8, C. Th. ; L. 2, C., *de Off. vicar.* — Constant., L. 2, 3 et 4, C. Th , *eod. tit.*

(4) Constant., L. 16, C. Th., *de Appell.* — Novell. XXIII, cap. 3.

(5) Constant., L. 16, C. Th., *de Appell.* — Theod. et Valent., L. 32, C., *de Appell.* : « Præcipimus ex appellationibus « spectabilium judicum quæ per consultationes nostri numi- « nis disceptationem implorant, non nostram alterius au- « dientiam expectari : ne nostris occupationibus, quibus « pro utilitate mundi à singulorum nonnunquam negotiis « evocamur, negotia defraudari commoda videantur. Sed si « a proconsulibus, vel Augustali, vel comite Orientis, vel « vicariis fuerit appellatum : virum illustrem præfectum

§ 107. — Gouverneurs des provinces. (*Voy*. § 52 et 68.)

L'étendue géographique des provinces, déjà très-réduite par Auguste (§ 67), fut encore diminuée par Constantin.

Les gouverneurs ont en général des attributions à peu près pareilles; mais ils diffèrent beaucoup entre eux par les titres, le rang et l'importance qu'ils tirent de l'étendue de la province soumise à leur autorité.

I. Au premier rang, il faut placer les *proconsuls* d'Asie, d'Achaïe et d'Afrique; les seules provinces qui eussent, au moins quant au nom (1) et au rang de leurs gouverneurs, conservé quelque trace de leur ancienne condition de provinces sénatoriales (§ 67). — Comme les autres gouverneurs, les proconsuls sont nommés par l'empereur: ils ont rang de *spectabiles*, comme le vicaire du pré-

« prætorio qui in nostro est comitatu, virum etiam illus« trem quæstorem nostri palatii, sacris judiciis præsidentes, « disceptationem jubemus arripere eo ordine, ea observa« tione, iisdemque temporibus, quibus cæteræ quoque lites « fatali die post appellationem in sacris auditoriis terminan« tur : (et) hoc, licet quidam prædictorum spectabilium ju« dicum jure concesso, ut sacri judices, appellationes ac« ceperint. » — Arcad. et Honor., L. 57 et 61, C. Th., *de Appell.* — Valent. et Valens, L. 2 et 3, C. Th., *de Off. præf. urbi.* — Novell. XX; XXIII, 3 et 4; XXIV, 5; XXXI; L.

(1) On trouve encore, mais accidentellement, des *proconsuls* pour d'autres provinces; par exemple pour la Palestine, sous Théodose le Grand. (Gothof., *Cod. Theod.*, VI, 23.)

fet du prétoire; et cependant, dans l'étiquette, ils ont le pas sur le vicaire (1), et viennent immédiatement, au troisième rang, après l'empereur et les préfets du prétoire (2). — Les proconsuls sont seulement *judices ordinarii* de leurs provinces, et n'ont au-dessous d'eux que leurs lieutenants et les magistrats municipaux, mais aucun fonctionnaire impérial (3). Cependant, par une délégation spéciale, le proconsul de la province d'Afrique exerçait la juridiction impériale sur tout le diocèse du même nom; le surplus de l'administration appartenait au *vicarius Africæ* (4). — Le proconsul d'Asie avait sous ses ordres le *consularis* de la province de l'Hellespont et les *præsides* des îles : il n'était point soumis au vicaire du diocèse d'Asie (5).

(1) Notitia dignitatum, sect. 1, 34. —Theod. et Valent., L. 32, C., *de Appell.* — Zeno, L. unic., C., *ut Omn. jud.*

(2) Notit. dignit., l. c.

(3) Notit. dignit., sect. 44.—«Sub dispositione viri spec-«tabilis proconsulis Africæ provincia consularis et legati «ejus duo.»

(4) Orelli, *Inscript.* 3672. — «Proconsuli provinciæ «Africæ vice sacra judicanti eidemque judicio sacro per pro-«vincias proconsularem et Numidiam, Byzacium ac Tripo-«lim, itemque Mauretaniam Sitifensem et Cæsariensem. — «Præfecto urbi vice sacra iterum judicanti, consuli ordi-«nario. — Constant., L. 3 et 16; — Constant. et Constans, L. 21; — Arcad., Honor. et Theod., L. 62, C. Th., *de Appell.* — C. Th., Novell. LXI, § 12.—Notit. dignit., sect. 46.

(5) Notit. dignit., sect. 12 et 15. — Honor. et Theod., L. unic., C., *de Off. comit. sacr. patrim.* — Orelli, *Inscript.* 1082.

L'appel contre ses décisions se portait devant le préfet de la ville, à Constantinople (1).

Les autres gouverneurs des provinces ont seulement le rang de *clarissimi*, et sont tous subordonnés au vicaire du diocèse dans lequel sont comprises leurs provinces. Ils forment trois classes différentes par le rang, plus que par l'autorité, savoir : 1° les *consulares*; — 2° les *correctores*, qui remplacent les *juridici* établis en Italie par Adrien et Marc-Aurèle; — 3° enfin, au dernier rang, les *præsides* (2). — Tel était du moins l'état des choses en Occident; car, en Orient, ces titres ne présentaient pas le même sens : les *correctores* finirent même par y disparaître complétement (3).

II. Au reste, quels que soient son rang et son titre, tout gouverneur a, dans sa province, toutes les branches de l'administration civile, la police, la justice, les finances : pour les finances cependant, son autorité doit se combiner avec celle des fonctionnaires fiscaux, dont il sera fait mention plus tard. (*Voy.* § 113 et 114.)

Le gouverneur est le *judex ordinarius* de la province; il réunit toutes les branches de la juridic-

(1) Constant., L. 1, C. Th., *de Off. præf. urb.* — Constant. et Constans, L. 23, C., *de Appell.*

(2) Notit. dignit., sect. 34. — Valent. et Valens, L. 8, C. Th., *de Cohortal.* — Grat., Valent. et Theod. L. 10, C. Th., *de Paganis.*

(3) Notit. dignit., sect. 1 — Honor. et Theod., L. 4, C. Th., *ad Leg. Jul., de Amb.*

tion civile et criminelle (1) divisées, à Rome et à Constantinople, entre différents fonctionnaires; et si, comme le proconsul, il a rang de *spectabilis*, il a, en outre, la juridiction *vice sacra*.

Dans tous les cas, et quand il n'aurait que le rang de clarissime ou celui de perfectissime, il connaît, comme juge de seconde instance, des appels dirigés contre les sentences des magistrats municipaux et des défenseurs des cités (2). — Il connaît, mais en premier ressort seulement, et à la charge d'appel devant le préfet du prétoire, son vicaire, ou l'un des proconsuls : 1° de toutes les causes civiles qui, à raison de leur importance, excèdent la compétence des magistrats municipaux, ou qui exigent l'exercice de l'*imperium;* 2° de toutes les causes criminelles; 3° enfin, de toutes les causes des personnes privilégiées, telles que les sénateurs résidant dans la province, les villes et les officiers du gouverneur. Dans les causes criminelles où se trouvent impliqués des sénateurs, le gouverneur est seulement chargé de l'information (3).

III. La réduction opérée dans l'étendue géographique des provinces, et l'établissement, devenu général, des juridictions municipales (§ 110), per-

(1) Ulpian., L. 6, § 8; — Hermog., L. 10, ff., *de Off. præs.*

(2) Valentin. et Valens, L. 3, C. Th., *de Repar. appell.* — Novell. XV, c. 5.

(3) Valens, Grat. et Valent., L. 13, C. Th., *de Accusat.* — Cassiodor., *Var.*, VI, 21. — *Voyez* cependant Zeno, L. 3, C., *Ubi senat.*

mirent de rendre la justice sédentaire, d'ambulatoire qu'elle était auparavant. L'usage des *conventus* se perdit (1); et les gouverneurs rendirent la justice dans le prétoire du chef-lieu de la province (2).

II. *AUTORITÉS LOCALES A ROME ET A CONSTANTINOPLE.*

§ 108. — Magistrats locaux à Rome. (*Voy.* § 42 et 58.)

Depuis que Constantin avait transféré à Constantinople le siége de l'empire et le séjour de la cour impériale, Rome avait naturellement beaucoup perdu de son importance. Elle conserva néanmoins une organisation judiciaire distincte.

Les autorités locales de Rome, sous les empereurs chrétiens, furent, au premier rang : 1°, le *préfet de la ville*, 2° le *vicarius urbis Romæ;* et, dans un rang inférieur, 3° le *præfectus vigilum*, 4° le *præfectus annonæ*, 5° le *prætor tutelaris*, 6° le *prætor urbanus.*

I. Préfet de la ville. — Nous avons déjà parlé de ce fonctionnaire (§ 59) : à ce que nous en avons dit alors, il suffira d'ajouter que l'importance de ce magistrat était toujours allée en augmentant.

---

(1) Theophil., *Paraph.*, I, 6, § 4. — *Voy.* cependant Valent., Grat. et Theod., L. 6, C., *de Off. rect. prov.*

(2) Novell. I, Epilog. — Constant. et Constans, L. 8; — Arcad. et Honor., L. 35, C. Th., *de Op. publ.;* L. 6, C. Th., *de Metatis.* — Arcad., Honor. et Theod., L. 2, C. Th., *Ne quis in pal.* — Leo et Anthem., L. 33, C., *de Episc. et cler.* — Leo, L. 14, C., *de Off. rect. prov.* — Novell. XXIV, præf.

Sous les empereurs chrétiens, le préfet de la ville est *judex illustris* : en cette qualité, il a un rang égal à celui du préfet du prétoire, et ne reconnaît d'autre supérieur que l'empereur (1).

Il est gouverneur suprême de la ville, dont tous les magistrats sont placés sous sa surveillance (2).

Comme chargé de la police de la capitale, le préfet veille au maintien de la tranquillité publique (3); il s'occupe des subsistances (4); il prend soin des édifices publics (5); les corporations d'artisans, les universités de tous genres, etc., sont placées sous sa surveillance (6).

Sa juridiction est d'une double nature : tantôt il connaît, en premier ressort, et comme *judex ordinarius*, de tous procès civils et criminels; tantôt il juge, en dernier ressort, à la place de l'empereur, *vice sacrâ* (7).

Sont spécialement soumis à la juridiction du préfet de la ville : 1° les sénateurs, dont il est le

(1) *Fragm. Vatic.*, § 273 et 274. — Orelli, *Inscript.* 2. — Valent., Valens et Grat., L. 1, C., *de Præfect. præt.*

(2) Valent. et Valens, L. 6. — Valens, Grat. et Valent., L. 7, C. Th.; L. 3, C., *de Off. præf. urb.* — Symm., *Epist.*, X, 37, 43. — Notit. dignit., sect. 37.

(3) Symm., *Epist.*, X, 71 et seq.

(4) Valens, Grat. et Valent., L. 7, C. Th., *de Off. præf. urb.*

(5) Symm., *Epist.*, X, 45, 46.

(6) Symm., *Epist.*, X, 25, 34, 47. — C. Th., *de Stud. liber. urb. Rom.* — Theod., Valent. et Arcad., L. 4, C., *de Offic. præf. urb.*

(7) Suet., *Aug.*, 33. — Paul., L. 38, ff., *de Minor.*

chef et le juge (1); savoir : pour les causes civiles quand le sénateur est défendeur (2); et, dans tous les cas, pour les causes criminelles : mais, pour ce genre de causes, il doit se faire assister de cinq assesseurs pris parmi les sénateurs; et même, dans les affaires graves, il est obligé d'en référer à l'empereur (3); — 2° les membres des divers corps de métier de la ville, qu'ils soient défendeurs ou demandeurs (4); — 3° enfin, tous les habitants de Rome (5).

Comme par le passé, son autorité s'étend sur Rome, et dans un rayon de cent milles autour de la ville (6). — Les portions de territoire comprises dans ce rayon (*regiones suburbicariæ*) (7), bien qu'elles

(1) Cassiod., *Var.*, VI, 3. — Symm., *Epist.*, X, 69. — Honor. et Theod., L. 11, C. Th., *de Off. præf. urb.*

(2) Valent. et Valens, L. 4, C. Th., *de Jurisd.*

(3) Valens, Grat. et Valent., L. 13, C. Th., *de Accusat.* — Honor. et Theod., L. 12, C. Th., *de Jurisd.* — Valent., Theod. et Arcad., L. 3, C. Th., *de Tut. et curat.* — Valent., Valens et Grat., L. 10, C. Th., *de Maleficiis;* L. 10, C. Th., *de Pœnis.* — Symm., *Epist.*, X, 70.

(4) Arcad. et Honor., L. 2, C., *de Suariis.*

(5) Valent., Theod. et Arcad., L. 4, C. Th., *de Off. com. sacr. larg.* — Honor. et Theod., L. 11, C. Th.; — Valent. et Valens, L. 2, C., — Theod., Valent. et Arcad., L. 4, C., *de Off. præf. urb.*

(6) Cassiod., *Var.*, VI, 3. — Dio Cass., LII, pag. 479. — Herodian., II, 13. — Gaius, I, 27. — *Collatio leg. mos.* XIII, (XIV), 3. — Ulpian., L. 1, § 4, ff., *de Off. præf. urb.* — Theod. et Valent., L. 62, C. Th., *de Hæreticis.*

(7) Les *regiones suburbicariæ* comprenaient les portions des quatre districts de la Toscane, de la Campanie, de la

eussent, comme le reste de l'Italie, des magistrats municipaux et des lieutenants impériaux, n'en étaient pas moins soumises à l'autorité du préfet de la ville, qui partageait la juridiction, soit avec les magistrats locaux, soit avec les lieutenants (1).

Comme juge d'appel, investi de la juridiction impériale (*judex sacrarum cognitionum, vice sacra, sacrum auditorium*), le préfet de la ville connaît : 1° des appels contre les sentences des magistrats inférieurs de Rome et des régions suburbicaires (2); — 2° des appels contre les jugements rendus par des magistrats établis hors de ce territoire : mais, sous ce dernier rapport, sa compétence varia beaucoup : tantôt nous voyons porter devant le préfet de la ville des appels venant de toutes les parties de l'Italie (3), et même des pays d'outre-

---

Marche d'Ancône (*Picenum*), et de l'Ombrie, qu'aurait enfermés un cercle ayant Rome pour centre, et un rayon de cent milles. — Constant., L. 1, C. Th., *de Calcis coctor. urb. Rom.*

(1) Constantin., L. 2, C. Th., *de In integr. restit.* — Valens, Grat. et Valent., L. 13, C. Th., *de Accusat.;* L. 12, C. Th., *de Pœnis.*

(2) Constantin., L. 13, C. Th.; L. 17, C.; — Constant., L. 18, C. Th., *de Appell.* — Valent. et Valens, L. 2 et 3, C. Th., *de Offic. præfect. urb.* — Paul., L. 38, ff., *de Minor.* — Symm., *Epist.*, X, 62.

(3) Constant. et Constans, L. 27, C. Th., *de Appell.* — Symm., *Epist.*, X, 58, 60.

mer (1); tantôt, au contraire, ces mêmes appels sont portés devant d'autres *judices sacri* (2).

L'appel contre les décisions du préfet se porte devant l'empereur : quelquefois même il arriva que les jugements de ce fonctionnaire furent déclarés sans appel (3).

II. Vicarius urbis Romæ. — A côté du préfet de la ville, nous trouvons, depuis Constantin, un autre fonctionnaire supérieur qui, sous le titre de *vicarius urbis Romæ*, paraît, au premier abord, faire double emploi avec le préfet de la ville (4), mais qui est incontestablement l'un des trois vicaires du préfet du prétoire d'Italie (5). — Le vicaire de la ville est d'un rang moins élevé que le préfet de la ville, car il est seulement *spectabilis* (6). — Il remplace le préfet quand celui-ci est empêché (7). Souvent ces deux fonctionnaires siégent ensemble, et ont un tribunal commun (8). — La juridiction (*vice sacra*) du *vicarius urbis Romæ* n'a pas une étendue géographique égale à celle du préfet de la ville : elle ne s'étend que sur la ville même, et dans un rayon

(1) Vopisc., *Flor.*, 5, 6.—Gothofred., *ad Leg.* 11, 13 et 27, C. Th., *de Appell.* — C. Th., Nov. LXI, § 12.

(2) Cassiod., *Var.*, VI, 3.

(3) Constant. et Constans, L. 23, C. Th., *de Appell.* — Gothofred., *ad Leg.* 11, *eod. tit.*—C.Th., Nov. LXXVIII, § 17.

(4) Constantin., L. 1, C. Th., *de Actor. et procurat.*

(5) Cassiod., *Var.*, VI, 15. — Gruter., *Inscript.*, 370, 3.

(6) Symm., *Epist.*, X, 43.

(7) Valent., Grat. et Valens, L. 36, C. Th., *de Appell.*

(8) Symm., *Epist.*, X, 43, 53, 78, 81. — Amm. Marcell., XXVIII, 1.

de quarante milles : mais, à l'inverse, son autorité administrative est plus étendue; car elle s'exerce sur les dix provinces méridionales du diocèse d'Italie, y compris les régions suburbicaires (1). — L'appel contre les décisions du *vicarius urbis* se porte tantôt devant l'empereur, comme celui de tout autre vicaire de diocèse, tantôt devant le préfet de la ville (2).

III. PRÆFECTUS VIGILUM. — Ce fonctionnaire était chargé, sous les ordres du préfet, de la police de la ville. A cet égard, il jouissait d'une juridiction criminelle restreinte : dans les affaires graves, il devait renvoyer la cause au préfet (3).

IV. PRÆFECTUS ANNONÆ. — Ce fonctionnaire était chargé, sous la direction du préfet de la ville, de l'approvisionnement de la capitale, des distributions de blé (4), etc. — Il avait juridiction civile et criminelle dans les causes et sur les personnes qui avaient rapport à ces divers objets (5).

(1) Cassiod., *Var.*, VI, 15.

(2) Valent. et Valens, L. 2 et 3, C. Th., *de Offic. præf. urb.* — Arcad. et Honor., L. 61, C. Th., *de Appell.*

(3) Paul., L. 3, § 1, 2 et 5; — Ulpian., L. 4, ff., *de Offic. præf. vigil.* — Pompon., L. 15, ff., *de Condict. causa data.* — Theod. et Arcad., L. unic., C., *de Offic. præf. vig.* — Cassiod., *Var.*, VII, 7.

(4) Valent. et Valens, L. 5; — Valens, Grat. et Valent., L. 7, C. Th., *de Offic. præf. urb.*

(5) Paul., L. 8, ff., *Quod cum eo qui in al. pot.* — Ulpian., L. 1, § 18, ff., *de Exercit. act.* — Marcian., L. 13, ff., *de Accusat.*—Papir. Just., L. 3, § 2, ff., *ad Leg. Jul. de ann.*—Cassiod., *Var.*, VI, 18. — Orelli, *Inscript.*, 3191, 3169, 1091.

V. Préteurs. — Il y a encore des préteurs pris parmi les sénateurs; mais ils n'ont presque plus aucune autorité. — Leur mission, dans l'ordre administratif, est à peu près bornée à la tenue des jeux publics, ce qui faisait de la préture une charge très-onéreuse (1). — Quant à l'ordre judiciaire, la juridiction prétorienne paraît se réduire à la dation des tuteurs (2), aux procès relatifs à la liberté et aux actes de la juridiction volontaire (3). — Sous tous les rapports, ils sont subordonnés au préfet de la ville.

§ 109. — Magistrats locaux à Constantinople.

L'organisation administrative et judiciaire de la nouvelle capitale paraît avoir été modelée, en général, sur celle de Rome; mais il dut naturellement s'introduire des différences, à partir de l'époque où l'Orient et l'Occident formèrent deux empires différents.

I. Préfet de la ville. — Le préfet de Constantinople, établi en 359, avait vraisemblablement les mêmes pouvoirs que celui de Rome (4). Toutefois,

(1) *Voyez* C. Th., *de Prætor. et quæst.* — Zozim., II, 38.

(2) Valent., Theod. et Arcad., L. 3 et 4, C. Th., *de Tutor. et curat.;* L. 2, C., *Quando mulier.*

(3) Constantin., L. 16, C. Th., *de Præt. et quæst.*; L. 1, C., *de Offic. præt.*

(4) Theod., Valent. et Arcad., L. 4, C., *de Offic. præf. urb.* — Valens, Grat. et Valent., L. 2; — Zeno, L. 3, C., *Ubi senatores.* — Constantin., L. 17; — Constant. et Constans, L. 23, C., *de Appell.* — L. 2, C. Th., *de Præd. minor.*

il ne paraît pas qu'on eût déterminé, autour de la ville, rien d'analogue aux *regiones suburbicariæ* d'Italie.

II. Præfectus plebis. — Il ne paraît pas non plus qu'il y eût à Constantinople un *præfectus annonæ* (1); mais il y avait eu, au moins dans les premiers temps, un *præfectus vigilum*, que Justinien rétablit sous le nom de *præfectus plebis* (2).

III. Préteurs. — Quant aux préteurs, le nombre en avait d'abord été fixé à deux par Constantin; savoir : le *prætor constantinianus*, qui était juge dans les matières de tutelle; et un autre, qui, sous le nom de *magister census*, paraît avoir eu pour attributions les actes de la juridiction volontaire (3). Le nombre des préteurs, à Constantinople, fut dans la suite porté à huit; puis, de nouveau, réduit (4). — Depuis l'établissement du préfet de la ville, leur

— Constant., L. 1; — Valent., Theod. et Arcad., L. 10, C. Th., *de Offic. præf. urb.* — Lydus, *de Magistr.*, III, 38.

(1) Constant., L. 2, § 2, C., *de His qui ven. act.* —Theod., L. 12, C., *de Palat. sacr. largit.*—Lydus, *de Magistr.*, III, 38.

(2) Nov. XIII. — Lydus, *de Magistr.*, II, 29, 30, le nomme *prætor urbanus*.

(3) Theophil., *Paraphr.*, 1, 20, § 4. — Constantin. et Constans, L. 18, C., *de Præd. minor.* — Constantin., L. 17, C., *de Appell.* — L. 2, C. Th., *de Præd. minor.* — Lydus, *de Magistr.*, II, 30. — Cujac., *in Just. Cod.*, *de Tabulariis.* — Gothofred., *ad Leg.* 5, *C. Th.*, *de Senator.*

(4) Constant., L. 5; L. 13; — Valent. et Valens, L. 20; — Grat., Valent. et Theod., L. 25, C. Th., *de Prætor.* — Valent. et Mart., L. 2, C., *de Offic. præt.*

rôle se borna à peu près à la présidence des jeux publics, aux procès relatifs à la liberté, aux *restitutiones in integrum*, et aux actes de la juridiction volontaire (1).

III. *AUTORITÉS LOCALES DANS LES CITÉS MUNICIPALES.*

§ 110. — État du régime municipal.

L'histoire des institutions municipales dans l'empire romain se partage en deux époques bien distinctes : dans la première, ces institutions ne réveillaient, pour les pays qui en jouissaient, que des idées d'honneur, de dignité, d'indépendance ; dans la seconde, à partir de Constantin, ces institutions perdirent leur caractère primitif, et dégénérèrent peu à peu en charges pesantes.

Cette deuxième époque vit, en effet, s'accomplir deux modifications importantes dans le régime municipal, tel que nous l'avons décrit (§ 47, 48, 51, 64, 65). D'une part, l'établissement des *defensores civitatum*, en donnant des magistrats proprement dits à toutes les cités provinciales, ne laissa plus subsister que des différences peu importantes entre celles de ces villes qui jouissaient du *jus italicum*, et celles qui n'en jouissaient pas. D'une autre part, les institutions municipales

(1) Constant., L. 16, C. Th., *de Præt.* — Constantin., L. 1, C., *de Offic. præt.*

changèrent complétement de nature : d'élément de liberté et d'indépendance locale, elles devinrent un instrument d'oppression et de despotisme.

M. Guizot a décrit les causes de la décadence des libertés municipales, avec cette hauteur de vue qu'on lui connaît :

« Il faut bien dater les révolutions du moment où elles éclatent ; c'est la seule époque précise qu'on puisse leur assigner, mais ce n'est pas celle où elles s'opèrent. Les secousses qu'on appelle des révolutions sont bien moins le symptôme de ce qui commence, que la déclaration de ce qui s'est passé.

« La crise du régime municipal, sous Constantin, en est une preuve parmi tant d'autres.

« Depuis Septime Sévère, le pouvoir central tombait en ruines dans l'empire romain ; ses forces diminuaient en même temps que croissaient ses charges et ses dangers. Il fallait bien qu'il rejetât sur d'autres les charges auxquelles il ne pouvait plus suffire, qu'il cherchât des forces nouvelles contre de nouveaux dangers.

« En même temps se formait, dans le sein de la société romaine, une nouvelle société, jeune, ardente, unie dans des croyances fermes et fécondes, douée, au dedans, de principes très-propres à cimenter sa constitution intérieure, et aussi d'une grande force d'expansion au dehors. Je veux parler de la société des chrétiens.

« C'est par l'action de ces deux causes, d'abord divisées, ensuite unies, que le régime municipal

de l'empire romain a dégénéré, s'est dissous, et a fini par n'être plus qu'un principe de ruine, un instrument d'oppression.

« Le despotisme a ce vice, entre mille autres, que son exigence croît dans la même proportion que décroissent ses moyens. Plus il s'affaiblit, plus il a besoin de s'exagérer; plus il s'appauvrit, plus il faut qu'il dépense. En fait de force comme de richesse, la stérilité et la prodigalité lui sont également imposées. La société, hommes et choses, n'est, dans ses mains, qu'une matière morte et circonscrite qu'il dépense pour se soutenir, et dans laquelle il est contraint de pénétrer d'autant plus avant qu'elle est déjà plus épuisée et qu'il est lui-même plus près de tout perdre.

« Le despotisme des empereurs romains vivait en présence de trois dangers : les Barbares, qui avançaient toujours, et qu'il fallait vaincre ou acheter; la populace, qui augmentait toujours, et qu'il fallait nourrir, amuser et contenir; les soldats, seule force contre ce double péril, et force d'autant plus périlleuse elle-même, qu'il fallait l'étendre et lui accorder chaque jour davantage.

« Cette situation imposait au despotisme des charges immenses. Pour se procurer des ressources, il fut contraint de créer une machine administrative capable de porter partout son action, et qui devint elle-même une charge nouvelle. Le système de gouvernement qui commença sous Dioclétien, et finit sous Honorius, n'avait d'autre objet que d'étendre sur la société un réseau de fonctionnaires

sans cesse occupés à en extraire des richesses et des forces, pour aller ensuite les déposer entre les mains de l'empereur.

« Les revenus des villes, comme ceux des particuliers, étaient atteints par ces exigences du pouvoir. Ils le furent bientôt plus directement encore. A diverses reprises, entre autres sous Constantin, l'empereur s'empara d'un grand nombre de propriétés municipales. Cependant les charges locales, auxquelles ces propriétés devaient pourvoir, restaient les mêmes; il y a plus, elles allaient croissant. Plus la populace devenait partout nombreuse et disposée à la sédition, plus il fallait de dépenses pour la nourrir et l'amuser, et de forces pour la contenir. Le pouvoir central, obéré lui-même, rejetait d'ailleurs souvent sur les villes une part de son fardeau. Or, toutes les fois que les revenus propres d'un municipe ne suffisaient pas à ses dépenses, la curie, c'est-à-dire le corps de tous les citoyens aisés, les décurions étaient tenus d'y pourvoir sur leurs propriétés personnelles. Ils étaient, de plus, presque partout, percepteurs des impôts publics, et responsables de cette perception; leurs biens propres suppléaient à l'insolvabilité des contribuables envers l'État, comme à l'insuffisance des revenus communaux.

« La qualité de décurion devint ainsi une cause de ruine. Leur condition fut la plus onéreuse de toutes les conditions sociales. C'était celle de tous les habitants aisés, de tous les municipes de l'empire.

« Ce n'est pas tout. Dès que la condition de décurion fut onéreuse, il y eut profit et tendance à en sortir. L'exemption des fonctions curiales devint un privilége : ce privilége reçut une extension toujours croissante. Les empereurs, qui tenaient en leurs mains la concession de toutes les dignités et de tous les emplois publics, les conférèrent aux hommes et aux classes qu'ils avaient besoin de s'attacher. Ainsi naquit dans l'État, et comme une nécessité du despotisme, une classe immense de privilégiés. A mesure que les revenus des villes diminuaient, leurs charges augmentaient, et retombaient sur les décurions. A mesure qu'augmentaient les charges des décurions, le privilége venait diminuer leur nombre.

« Il fallait cependant qu'il en restât assez pour porter le fardeau imposé aux curies : de là cette longue série de lois, qui constituent chaque curie en une prison dans laquelle les décurions sont héréditairement enfermés; qui leur enlèvent, en une multitude de cas, la disposition de leurs biens, ou même en disposent, sans eux, au profit de la curie; qui les poursuivent à la campagne, à l'armée, partout où ils tentent de se réfugier, pour les rendre à ces curies qu'ils veulent fuir; qui affectent, enfin, une classe immense de citoyens, leurs biens comme leurs personnes, au service public le plus onéreux et le plus ingrat, comme on affecte les animaux à tel ou tel travail domestique.

« Telle fut la place que le despotisme assigna enfin au régime municipal ; telle fut la condition à

laquelle les propriétaires des municipes furent réduits par les lois.

« Et tandis que le despotisme s'évertuait à resserrer les liens du régime municipal, et contraignait les habitants des villes à remplir, comme charges, des fonctions qui jadis avaient été des droits, la seconde cause dont j'ai parlé, le christianisme, travaillait à dépouiller et à dissoudre la société municipale, pour lui en substituer une autre... (1) »

§ 111. — Magistrats municipaux. — *Defensores civitatum.*
(*Voy.* § 48, 49 et 65.)

I. Les anciens magistrats municipaux (*duumviri*), désignés maintenant par excellence, sous le nom de *magistratus*, avaient conservé une certaine juridiction volontaire; mais leur juridiction contentieuse avait presque entièrement passé au lieutenant impérial. M. de Savigny, tout en avouant qu'il ne peut en rapporter aucune preuve directe, conjecture que les magistrats municipaux étaient assistés par les décurions dans l'administration de la justice, et qu'ainsi la curie s'était peu à peu convertie en cour judiciaire (2).

Au surplus, il est probable qu'au temps de Justinien, les décurions avaient tout à fait perdu leur juridiction contentieuse, quelque restreinte qu'elle pût être déjà auparavant; car les compilations de ce prince n'en font aucune mention.

---

(1) Guizot, *Essai sur l'Hist. de France*, pag. 16.

(2) Savigny, *Hist. du Droit rom. au moy. âge*, § 26 in fine.

II. Parmi les autorités inférieures locales, il faut ranger maintenant les *defensores civitatum*, qui tirent leur origine des villes provinciales, comme les *duumvirs* tiraient la leur des municipes.

Dans le principe, les défenseurs avaient pour mission unique de représenter les villes dans les procès où celles-ci pouvaient se trouver engagées. Ils n'avaient d'ailleurs ni le titre ni les pouvoirs de magistrats, et, par conséquent, ils pouvaient exister même dans les villes municipales, sans faire double emploi avec les duumvirs. Dans la suite, ils furent principalement chargés de protéger les cités provinciales contre l'oppression des lieutenants impériaux (1). Leurs fonctions, d'abord essentiellement temporaires, devinrent peu à peu permanentes, et s'augmentèrent d'une juridiction contentieuse et volontaire très-restreinte. Le premier document dans lequel il soit fait mention des défenseurs, comme d'une autorité permanente, est une constitution de Valentinien et de Valens, de l'an 365 de J. C. : cette constitution leur donne le droit de recevoir les actes judiciaires, et même celui de juger les affaires civiles qui n'excèdent pas cinquante solides (2). Plus tard, Justinien étendit leur juridiction contentieuse à trois cents solides, et leur accorda le droit de nommer des tuteurs quand la fortune des pupilles était modique. Les défenseurs devinrent

(1) Hermog., L. 1, § 2; — Arcad., L., 18, § 13; — Paul., L. 16, § 3, ff., *de Munerib.* — Grat., Valent. et Theod., L. 4, C., *de Defensorib.*

(2) Valent. et Valens, L. 1, C., *de Defensorib.*

ainsi de véritables magistrats, du moins pour les villes provinciales qui n'en avaient pas autrefois.

L'appel de leurs jugements se portait devant le lieutenant de l'empereur (1).

Quant au criminel, ils n'eurent d'abord d'autre pouvoir que celui de faire arrêter les malfaiteurs pour les livrer au gouverneur; plus tard, on leur donna le droit de répression pour les contraventions légères (2).

Ces défenseurs différaient des véritables magistrats municipaux des villes ayant le *jus italicum* (§ 48 et 65), et quant au mode d'élection et quant à la durée des fonctions. — 1° Le défenseur ne pouvait être pris parmi les décurions; tandis que le duumvir ne pouvait, au contraire, être pris que parmi eux (3). — 2° Les fonctions des duumvirs étaient annuelles; la durée des fonctions des défenseurs fut d'abord de cinq ans: Justinien la réduisit à deux ans (4).

Il y avait aussi des défenseurs dans les véritables villes municipales; mais leurs fonctions y

(1) Novell. XV, 3, 4 et 5. — Le solide valait cent sesterces, et équivalait, au moins pour le temps de Constantin, à 12 fr. 50 c. de notre monnaie: ainsi, 300 solides valaient 3,750 fr.

(2) Arcad., Honor. et Theod., L. 7, C., *de Defensorib.* — Valent., Theod. et Arcad., L. 5, *eod.*

(3) Valent. et Valens, L. 2, C., *de Defensorib.* — Novell. XV, 1.

(4) Grat., Valent. et Theod., L. 4, C., *de Defensorib.* — Novell. XV, 1.

étaient moins importantes que dans les cités provinciales : dans ces dernières, en effet, le défenseur était le seul magistrat; tandis que, dans les autres, ses attributions se trouvaient naturellement diminuées de toutes celles des duumvirs (1).

§ 112. — Des *Pedanei judices.*

Pour terminer l'énumération des autorités judiciaires inférieures, il nous reste à parler des *pedanei judices.*

Les interprètes ne sont d'accord ni sur l'étymologie du mot *pedaneus*, ni sur l'origine de ces juges, ni sur la nature de leurs fonctions.

I. Quant à l'étymologie, Sigonius et quelques autres prétendent qu'ils étaient nommés *pédanés* parce qu'ils rendaient la justice debout (*pedibus stantes*) : cette opinion est par trop ridicule. — Heineccius croit qu'ils s'appelaient ainsi parce qu'ils étaient assis aux pieds du magistrat : cette opinion ne repose sur aucun texte. — Bethmann-Hollweg pense que le mot *pedaneus* n'est qu'une corruption du mot *pedarius*, par lequel on désignait les sénateurs qui n'avaient encore été investis d'aucune magistrature. Dans cette hypothèse, *pedaneus judex* aurait donc indiqué, du moins dans l'origine, le juge choisi parmi les *senatores pedarii*; puis, on aurait étendu cette expression à tout juge, même à celui pris dans les simples particuliers, afin de le dis-

(1) Savigny, *Hist. du Droit rom. au moyen âge*, § 23.

tinguer du magistrat auquel on était arrivé à donner aussi le titre de *judex*.

II. On n'est pas plus d'accord sur le rôle et les attributions des juges pédanés. — Les uns, comme Reward, avaient pensé que cette expression ne désignait point une classe particulière de juges, mais que c'était une appellation générique, applicable à toutes les autorités inférieures, telles que les tribuns, les questeurs et les magistrats municipaux. — D'autres, et c'est notamment l'opinion de Tigerstroem, pensent que les *judices pedanei* ne sont autres que les anciens jurés, *judex datus*. — Bethmann est à peu près de la même opinion : il considère les juges pédanés comme le dernier vestige des anciens jurés ; mais il pense que les listes de jurés (*decuriæ judicum*), étant tombées en désuétude, avaient été peu à peu remplacées par le collége des avocats immatriculés auprès de chaque magistrat. Il appuie cette conjecture sur plusieurs textes qui peuvent être interprétés tout différemment (1).

Aucune de ces explications ne me paraît satisfaisante.

Quant à l'opinion de Reward, non-seulement elle ne repose sur aucune autorité, mais elle est contredite par l'ensemble des témoignages.

Je ne puis admettre non plus l'opinion de ceux

---

(1) Valent. et Valens, L. 6, C., *de Postulando*. — Justin., L. 6, C., *de Adv. div. jud.* — Zeno, L. 27, C., *de Procurat.* C. Th. Novell. LXXV, § 5, et Novell. 15, § 4. — Lydus, *de Magistr.*, III, 65.

qui ne voient dans les juges pédanés que les jurés de l'ancien droit.

1° D'abord si les juges *pédanés* étaient les anciens jurés de la république et des trois premiers siècles de l'empire, il serait bien surprenant que le mot *pedaneus* ne se rencontrât pas dans les écrits des jurisconsultes classiques : or, à ma connaissance, l'expression de *judex pedaneus* ne se trouve dans aucun des auteurs antérieurs à Dioclétien : je l'ai vainement cherchée, tout au moins, dans le *liber regularum* d'Ulpien, et dans les *institutes* de Gaius. On la trouve trois fois dans le Digeste (1); mais cela ne prouve rien, sinon une interpolation de Tribonien.

2° Est-il vraisemblable qu'après avoir aboli l'*ordo judiciorum* (§ 101), Dioclétien eût néanmoins laissé subsister une institution que ses innovations rendaient inutile, et qui, de l'aveu de tout le monde, n'aurait plus dû servir que dans quelques

(1) Les trois seuls textes du Digeste où j'ai rencontré l'expression *pedaneus judex*, sont la L. 4, ff., *de Tutorib. et curat. dat.*; la L. 3, § 1, ff., *Ne quis eum qui in jus*; et la L. 1, § 6, ff., *de Postulando*: ces trois lois sont d'Ulpien; et, chose assez remarquable, ce mot ne se trouve pas une seule fois dans le *liber regularum*. Si on ne veut pas admettre que ces trois passages sont interpolés, on pourrait encore soutenir que l'expression *judex pedaneus*, qui, dès le temps d'Ulpien, aurait servi à désigner le juré civil, désigna plus tard les magistrats inférieurs.— Le mot *pedaneus* se trouve, il est vrai, une fois dans les sentences de Paul (lib. V, tit. 28); mais il a pu y être interpolé par le rédacteur visigoth.

cas exceptionnels? — Et en supposant que ce prince fût réellement tombé dans une telle contradiction, comment ne trouverait-on plus, à partir du quatrième siècle, aucun vestige ni des listes de jurés (*decuriæ judicum*), ni d'aucune des institutions de détail qui se rattachent au jury proprement dit?

La conjecture de Bethmann-Hollweg me paraît plus ingénieuse que solide. La Novelle 82, de laquelle il tire ses principaux arguments, est toute particulière à Constantinople; et, dans tous les cas, comme elle est certainement une innovation, en admettant qu'elle eût le sens que lui prête notre auteur, elle prouverait contre son système, au moins pour les temps antérieurs à Zénon.

III. Après avoir combattu les opinions des autres, nous devons présenter, à notre tour, notre conjecture telle quelle.

Trois points nous paraissent acquis aujourd'hui à la discussion : 1° D'abord, il est incontestable que, nonobstant l'abolition de l'*ordo*, et jusqu'au temps de Justinien, les magistrats purent encore, mais exceptionnellement, renvoyer à des juges la décision de certaines affaires. (*Voy.* ci-dessus, § 101.) — 2° Il est certain ensuite que, sous les empereurs chrétiens, il n'existait plus rien que l'on puisse assimiler aux listes des jurés de la république et des trois premiers siècles de l'empire. (*Voy.* § 74.) — 3° Enfin, il paraît positif que les juges, auxquels les magistrats pouvaient encore, au Bas-Empire, commettre le jugement des affaires, sont précisément les *judices pedanei*. Ce dernier point paraît irrésis-

tiblement établi par plusieurs textes, et notamment par la L. 4, ff., *de Tut. et curat. dat.* : « Prætor ipse « se tutorem dare non potest ; sicut *nec pedaneus* « *judex... ex sua sententia* fieri potest ; » passage qui, soit qu'on admette, soit qu'on rejette le mot *pedaneus* comme une interpolation, démontre bien évidemment que le *pedaneus judex* était un juge donné par le magistrat (1).

Ceci posé, la question se ramène à ces termes : Quels étaient ces juges pédanés qui n'étaient pas les jurés de l'ancien droit, et qui, cependant, en remplissaient accidentellement les fonctions?

D'après l'ensemble des documents, je crois pouvoir affirmer que les juges pédanés auxquels, depuis la suppression du jury civil par Dioclétien, les magistrats impériaux (*judices ordinarii*) purent encore renvoyer le jugement des causes de peu

---

(1) Il faut rapprocher ce texte d'Ulpien de quelques autres sources où l'on voit que le *judex pedaneus* est un *judex delegatus*, *judex datus*, *judex specialis*, expressions dont on se servait dans l'ancien droit pour désigner le juré institué par le magistrat (Justin., L. 16; et L. 18, C., *de Judic.* —Novell. LXXXII. —Lydus, *de Magistrat.*, III, 8) : on y voit les expressions δικασται (juges), χαμαι-δικασται et πεδανεους, opposées à l'expression αρχοντες, laquelle désigne les magistrats qui joignent au pouvoir judiciaire un pouvoir *administratif.* — Cf. Constantin., L. 2, C., *de Libert. et cor. liber.* — Justinian., L. 3, C., *Ubi et apud quem.* — Justin., L. 6, pr , C., *de Adv. div. judic.* — Valent., Valens et Grat., L. 4, C. Th., *de Excus. artif.* — Novell. LX, cap. 2.

d'importance (1), n'étaient autres que les magistrats inférieurs des localités, c'est-à-dire les magistrats municipaux et les défenseurs des cités; peut-être aussi, quelquefois, les *assesseurs* mêmes des fonctionnaires impériaux, auxiliaires qui, au Bas-Empire, étaient certainement revêtus d'un caractère public, comme nous le verrons ci-après, au § 119.

Ces juges étaient appelés *pédanés*, pour exprimer que, de même que les pieds sont la partie *inférieure* du corps, de même ils occupaient dans la hiérarchie le rang le moins élevé. Ces mêmes juges sont souvent aussi appelés *minores* ou *humiliores*, par opposition aux fonctionnaires im-

(1) Julian., L. 5, C., *de Pedan. jud.* : «Quædam sunt ne«gotia, in quibus superfluum est, moderatorem exspectare «provinciæ : ideoque pedaneos judices, hoc est *qui nego«tia humiliora disceptant*, constituendi damus præsidibus «potestatem.»

Diocl. et Max., L. 2, C., *eod.* : «Placet nobis Præsides «de his causis, in quibus, quod ipsi non possent co«gnoscere, antehac pedaneos judices dabant, notionis suæ «examen adhibere : ita tamen, ut, si vel propter *occupa«tiones publicas*, vel propter *causarum multitudinem*, om«nia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judices «dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi conve«nit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio «suo cognoscere, dandi judices licentia eis permissa cre«datur. Quod usque adeo in præsidum cognitione retinen«dum est, ut eorum judicia non deminuta videantur : dum «tamen et de ingenuitate, super qua poterant etiam ante «cognoscere, et de libertinitate præsides ipsi dijudicent.»

périaux, ou *judices majores* (1). — Ainsi, le mot *pedaneus* désigne seulement, dans mon opinion, le dernier échelon de cette hiérarchie qui commence par l'*illustris*, descend successivement par le *spectabilis* au *clarissime*, et se termine enfin par le *pedaneus*, compris avec les autres autorités subalternes dans le titre de *perfectissime*. (*Voy*. § 102.)

Laissant de côté l'impression générale qui résulte de la lecture attentive de l'ensemble des documents, impression qui est peut-être la manière la plus sûre d'asseoir une conjecture historique, je déduirai ici rapidement les principaux motifs de mon opinion.

1° Il résulte invinciblement de l'ensemble des sources, que les juges pédanés n'étaient pas de simples personnes privées, comme les jurés de l'ancien droit, mais des fonctionnaires inférieurs revêtus d'un caractère public : c'est donc parmi les autorités inférieures qu'il faut les rechercher.

2° Et comme, d'un autre côté, il est bien positif qu'au Bas-Empire il n'existait plus de *listes de jurés* analogues à celles de l'ancien droit, il semble tout naturel que les gouverneurs des provinces, quand ils voulaient se dispenser de connaître eux-mêmes, renvoyassent le jugement, plutôt aux ma-

(1) Justin., L. 14, C., *de Judic.;* L. 34, C., *de Appell.* — Valent. et Valens, L. 5, C., *de Offic. rect. prov.* — Anastas., L. 6, C., *si Contra jus.* — Justin., L. 3, C., *Ubi, et apud quem.* — Julian., L. 5, C., *de Pedan. jud.* — Justin., L. 13, § 8, C., *de Judic.* — Zeno, L. unic., § 4, C., *ut Omn. jud.*

gistrats municipaux, qu'à de simples particuliers qui n'auraient eu absolument aucun caractère public. — Il était d'ailleurs d'autant plus naturel de s'adresser pour cela aux magistrats municipaux, que ces magistrats, étant plus rapprochés des lieux litigieux et du domicile des parties, avaient plus de moyens de connaître la vérité, et évitaient aux plaideurs des déplacements onéreux : aussi voyons-nous ordonner le renvoi aux juges pédanés, principalement dans les cas où il y a des vérifications à faire sur les lieux (1).

3° Zénon avait déjà publié, sur l'ordre judiciaire, une constitution qui n'a pas été conservée, mais qui paraît avoir établi, relativement aux juges pédanés, un ordre de choses nouveau (2). — A son tour, Justinien régla leur compétence par une constitution détaillée, et la fixa à trois cents solides, comme celle des défenseurs des cités (3) :

---

(1) Constantin., L. 3; — Theod., Arcad. et Honor., L. 5, C. Th., *Finium regundor.* — Leo et Anthem., L. 37, § 2, C., *de Episcop.* — Anastas., L. 18, § 4, C., *de Re milit.*

(2) Novell. LXXXII, præf. et cap. 1.

(3) Novell. LXXXII, 5. « Audient igitur omnes quidem « litem usque *ad trecentos solidos* existentem sub schemate « annotationis. Sic velocius lites judicabuntur, et circulis « cognitionalibus ac temporis contritione omnes litigantes « liberabuntur. Palam vero est, quia etsi per annotationem « audient causas : verumtamen dabunt terminum per scripturam, qui eorum manifestet sententiam : appellationibus « in his nulli penitus perimendis : nisi forte tertio appellare « voluerit, aut per contumaciam defuerit; talibus enim etiam « appellationum perimitur ratio. »

cette équation, entre les juges pédanés et les défenseurs, ne peut s'expliquer qu'en supposant que les juges pédanés formaient une classe de magistrats analogues aux défenseurs eux-mêmes.

4° Nous savons d'une manière certaine que les magistrats supérieurs déléguaient souvent aux magistrats municipaux la nomination des tuteurs et curateurs, pour les mêmes motifs et dans les mêmes circonstances où nous les voyons déléguer la juridiction aux juges pédanés : n'en peut-on pas conclure que ces magistrats et les juges pédanés étaient une seule et même chose?

5° L'appel contre les sentences des juges pédanés se portait, non devant l'empereur ou les *judices sacri*, mais bien devant le gouverneur de la province (*judex ordinarius*), comme cela avait lieu pour les magistrats municipaux (1); tandis que si les juges pédanés eussent été des délégataires ordinaires, l'appel aurait dû se porter au magistrat supérieur à celui qui avait délégué. (*Voy.* ci-dessus § 35 *in fine.*)

6° Enfin Paul nous apprend que les juges pédanés qui se laissent corrompre sont chassés de la

---

(1) Valent. et Valens, L. 3, C. Th., *de Repar. app.*: « Quoties « a magistratibus pedaneisque judicibus dicta sententia ap- « pellatione suspenditur, super qua disceptatio non auditorii « sacri, sed ordinariorum judicum cognitione tractanda est, « cuique duo ad peragendum menses causarum urgentium « conclusione tribuuntur, si forte sine appellatoris studio « prædictus lapsus inciderit, intra triginta dies reparatio « postuletur. »

curie (1). Ce passage, considéré isolément, ne serait pas sans doute une raison suffisante de décider; car, s'il prouve que les membres de la curie pouvaient être juges pédanés, il ne prouve pas que les juges pédanés fussent nécessairement membres de la curie; mais rapproché des autres arguments qui précèdent, ce passage ne manque pas d'importance.

SECTION II.

Juridiction administrative (2).

§ 113. — **Fonctionnaires pour la juridiction fiscale : *Rationalis, advocatus fisci.* (*Voy.* § 70.)**

Dans les premiers siècles de l'empire, on avait distingué le trésor public (*ærarium*) du trésor du prince (*fiscus*) : ils étaient alimentés, le premier, par le revenu des provinces sénatoriales, le second, par le revenu des provinces de César. Mais, à mesure que le despotisme impérial se développa, cette distinction devint purement nomi-

(1) Paul., *Sent. recept.*, V, 28.

(2) Nous n'avons à nous occuper de l'*administration* que dans ses rapports avec les institutions *judiciaires*. Quant au régime administratif en lui-même, nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer à l'excellent travail de M. Naudet, déjà plusieurs fois cité : *Changements opérés dans toutes les parties de l'administration de l'empire romain*, 2 vol. in-8°; Paris, 1817.

nale (1) : maître absolu de tout, l'empereur puisait également dans l'un et dans l'autre trésor; aussi Dion Cassius déclare-t-il qu'il lui est impossible de distinguer ces deux trésors l'un de l'autre (2).

Au temps des empereurs chrétiens, il n'est plus question de l'*ærarium*. Néanmoins on continue à distinguer, dans les revenus publics, ce qui est considéré comme formant le revenu de l'État, de ce qui constitue la dotation personnelle du prince.

Les questeurs des provinces sénatoriales ont disparu; et le *procurator Cæsaris* porte maintenant le titre de *rationalis* (intendant), sans doute pour le distinguer d'autres *procuratores* chargés de fonctions inférieures dans l'administration fiscale (3).

On distingue, dans chaque diocèse et dans chaque province, deux sortes d'intendants : le *rationalis sacrarum largitionum*, et le *rationalis rei privatæ* : le premier est placé dans le département du ministre des finances (*comes sacrarum largitionum*), le second, dans celui du ministre du trésor privé (*comes rei privatæ*) (4).

---

(1) La distinction existait encore au temps d'Adrien, et peut-être aussi au temps d'Aurélien. (Spart., *Hadrian.* — Vopisc., *Aurel.*)

(2) Dio Cassius, LIII, 16 et 22.

(3) *Voy.* Rubrique, tit. ff., *de Offic. proc. Cæs.* — Diocl. et Maxim., L. 3, C., *de Conv. fisc. deb.*; L. 4, C., *de Fide et jure hast.* — *Voy.* C. Th., *de Act. procur. et cond.* — Orelli, *Inscript.* 946, 1066, 3331. — Notit. dignit., sect. 42, 43.

(4) Notit. dignit., sect. 10, 11, 42, 43. — Orelli, *Inscript.*, 1091.

A côté du *rationalis*, se trouve encore l'avocat du fisc dont nous avons déjà parlé au § 70.

Enfin, il est certain que les préfets du prétoire, les vicaires des diocèses et les gouverneurs des provinces avaient une part très-large dans tout ce qui concernait les revenus et la fortune publique; bien qu'il soit impossible aujourd'hui de dire avec exactitude les limites qui, en cette matière, séparaient les attributions respectives de ces divers fonctionnaires.

§ 114. — Attributions et compétence.

Les affaires fiscales se présentent sous deux points de vue très-distincts : l'*administration* proprement dite, et le *contentieux*. L'administration comprend tout ce qui concerne l'assiette et la perception de l'impôt, la gestion des biens domaniaux, les ventes, etc. Le contentieux est la manière de décider les difficultés auxquelles l'administration peut donner naissance.

I. Il n'est pas probable que le *rationalis* fût chargé de l'administration fiscale proprement dite. La base des taxes était fixée par l'empereur lui-même; quant à la perception, elle appartenait aux gouverneurs des provinces sous la direction des vicaires et des préfets du prétoire. (*Voy*. le § 113.)

II. Mais, pour le contentieux, le jugement des causes fiscales appartient certainement au *rationa-*

lis, à l'exclusion du gouverneur (1); la poursuite est exercée, comme auparavant, par l'avocat du fisc (2). (*Voy.* § 70.)

L'appel contre les décisions du *rationalis* se porte devant l'empereur, ou devant celui des fonctionnaires à qui le prince a délégué le pouvoir d'en connaître, savoir : tantôt au *comes sacrarum largitionum*, tantôt au *comes rei privatæ*, et même quelquefois au préfet de la ville et aux proconsuls des provinces (3).

Outre sa juridiction fiscale, le *rationalis rei privatæ* exerce quelquefois une juridiction civile exceptionnelle : il forme, par exemple, un *forum* privilégié pour les paysans de la couronne (*coloni dominici*) (4).

---

(1) Valent. et Valens, L. 5, C. Th., *de Jurisd.* — Constantin., L. 5, C., *Ubi causæ fisc.* — Cf. Sev. et Anton., L. 2; — Anton., L. 3, C., *eod. tit.*

(2) Grat., Valent. et Theod., L. 4, C., *de Advoc. fisc.*; L. 41, C. Th., *de Appell.* — Symm., *Epist.* X, 62.

(3) Antonin., L. 1, C., *Ubi et ap. quem.* — Constant., L. 18. — Constant. et Constans., L. 21 et 28. — Grat., Valent. et Theod., L. 41, 45. — Valent., Theod. et Arcad., L. 49. — Theod. et Valent., L. 68, C. Th., *de Appell.* — Symmac., *Epist.* X, 62.

(4) Constantin., L. 7, C., *Ubi caus. fisc.* — Valent. et Valens, L. 3, C. Th.., *de Actor. procur.*



SECTION III.

Juridiction militaire.

---

§ 115. — Fonctionnaires pour la juridiction militaire.

Le pouvoir militaire, que Constantin enleva aux préfets du prétoire, fut confié à quatre hauts fonctionnaires nommés *magistri militum*.

Chacune des deux parties de l'empire, l'Orient et l'Occident, eut son *magister peditum* et son *magister equitum*. Ces fonctionnaires, véritables ministres de la guerre, avaient plutôt la direction de l'armée que le commandement effectif des troupes, lequel appartenait aux généraux, *duces* ou *comites*. Les *magistri militum* ne quittaient guère la cour impériale (*in comitatu*, *in præsenti*, *præsentales*) (1).

Quant au rang, le *magister militum* est *illustris* comme le préfet du prétoire. Les *duces* et *comites* sont seulement *spectabiles* comme les proconsuls et les vicaires.

Cet état de choses se maintint en Occident sans changement essentiel, sauf la création d'un troisième *magister* spécial pour les Gaules.

En Orient, le nombre des *magistri militum* fut porté à cinq par Théodose le Grand, savoir: deux *magistri* sédentaires près de l'empereur (*in præ-*

---

(1) Zosim., II, 33. — Savigny, *Hist. du Droit rom. au moy. âge*, I, § 25.

senti), et trois *magistri* placés aux frontières, *per Orientem*, *per Thraciam*, *per Illyricum* (1).

Au-dessous des *magistri militum* viennent se placer les *duces* et les *comites*, auxquels était confié le commandement effectif des troupes (2).

§ 116. — Compétence de ces fonctionnaires.

De tout temps les chefs militaires avaient eu, à Rome, une juridiction disciplinaire et criminelle sur les soldats; mais il est constant que, sous les empereurs chrétiens, ils prirent aussi une certaine part à l'administration de la justice civile. M. de Savigny, qui a jeté tant de jour sur ces matières, fait remarquer que les constitutions ne sont pas d'accord à cet égard (3).

Les commandants militaires connaissaient des affaires criminelles quand l'accusé était soldat (4). Dans la suite, ils connurent aussi des affaires civiles, quand les deux parties, ou seulement le défendeur, appartenaient à l'armée : dans ce dernier cas, il paraît que le consentement du demandeur était indispensable (5). En effet, plus tard, il fut défendu, sous peine d'amende, de contraindre un citoyen, soit demandeur, soit défendeur, à comparaître devant la juridiction mili-

(1) Zosim., IV, 27. — *Voy.* Panciroli, *Notit. dignit.*, cap. 30.

(2) Savigny, *Hist. du Droit rom. au moyen âge*, I, § 25.

(3) Savigny, *Hist. du Droit rom. au moyen âge*, I, § 25.

(4) Constant., L. 2, C. Th., *de Jurisd.*

(5) Honor. et Theod., L. 6, C., *de Jurisd.*

taire (1). La première de ces trois constitutions a passé dans le Code Théodosien; la seconde et la troisième dans le Code de Justinien, qui confirma la juridiction militaire, et étendit à l'Italie, en 554, la seconde de ces constitutions (2).

La juridiction militaire appartient aux *magistri*, aux *comites* et aux *duces*, selon que le soldat est sous les ordres des uns ou des autres; car on ne voit nulle part que le *magister* exerçât la juridiction d'appel sur les décisions des comtes et des ducs. Ces officiers ayant rang de *spectabiles*, l'appel se portait sans doute directement à l'empereur, comme celui des *magistri* eux-mêmes (3).

SECTION IV.

Juridiction ecclésiastique (4).

§ 117. — Origine de cette juridiction (*audientia episcopalis*).

Suivant le conseil de saint Paul, les chrétiens de la primitive Église faisaient juger leurs procès par

(1) Honor. et Theod., L. 2, C., *de Offic. jud. milit.*

(2) Justin., L. 17, C., *de Judic.* — Sanctio Pragm., *Pro petit. Vigil.*, cap. 23.

(3) Julian., L. 2, C., *de His qui per met.*

(4) Nous ne nous occupons ici du pouvoir épiscopal que dans ses rapports aux affaires civiles. Nous laissons entièrement de côté tout ce qui concerne le gouvernement intérieur de l'Église, c'est-à-dire les matières ecclésiastiques

des arbitres convenus. — Le plus souvent ils s'adressaient aux évêques, dont les décisions avaient obtenu une si grande réputation de sagesse et de justice, que les païens eux-mêmes avaient recours à eux. Saint Augustin et saint Ambroise passaient des journées entières dans ces pieuses occupations (1). Peu à peu, cet arbitrage volontaire se changea en une juridiction régulière (*audientia episcopalis, episcopale judicium*) (2).

§ 118. — Compétence des juges ecclésiastiques.

I. *Affaires civiles.* — Constantin voulut que les parties pussent, d'un commun accord, décliner la compétence des juges ordinaires, et soumettre leurs différends à l'arbitrage des évêques (3); pour l'exécution des décisions épiscopales, on devait recourir aux juges ordinaires (4). Ainsi, la juridiction épiscopale avait conservé les caractères du *compromis* volontaire. — Les constitutions d'Arca-

---

proprement dites : la *doctrine*, la *discipline*, l'*excommunication*, etc. etc.

(1) *Mémoires de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, tom. XXXIX, pag. 569.

(2) Euseb., *Vita Const. M.*, IV, 27. — Sozom., *Hist. eccles.*, I, 9. — Augustin., *Confess.*, VI, 3, 37.

(3) Arcad. et Honor., L. 7, C., *de Episc. audient.*—Mais la juridiction épiscopale n'était point obligatoire, alors même que le défendeur aurait été un ecclésiastique. C. Th., Novell. LXXVIII, pr., § 1 et 2. — Marcian., L. 13, C., *de Episc. audient.* — Justin., L. 29, § 4, *eod.*

(4) Sozom., *Hist. eccles.*, I, 9.—Arcad., Honor. et Theod., L. 8, C., *de Episc. audient.*

dius et d'Honorius étendirent la juridiction des évêques; mais elles semblent cependant ne les considérer encore que comme de simples arbitres : du reste, ces empereurs permettent aussi aux Juifs de recourir à l'arbitrage de leur patriarche (1). — Il paraît que, dans l'année 425, Valentinien III soumit à la juridiction épiscopale toutes les causes civiles intéressant les clercs (2); mais, par une autre constitution de 452, cet empereur revint sur sa première décision, et restreignit la compétence des évêques au cas où il y aurait entre les parties, soit clercs, soit laïques, un compromis formel (3). — Sous les empereurs Léon et Anthémius, les ecclésiastiques soumis au patriarche de Constantinople purent être cités soit devant ce patriarche, soit devant le préfet de la ville. Les ecclésiastiques, vivant dans les provinces, durent être cités devant le *rector provinciæ* (4).

Les conciles allèrent plus loin, et défendirent aux ecclésiastiques de se soumettre à la juridiction laïque (5). — Justinien sanctionna ces usurpations, en accordant aux ecclésiastiques séculiers ou réguliers le privilége de n'être jugés que par leurs su-

(1) Arcad. et Honor., L. 10, C. Th., *de Jurisdict.*; L. 8, C., *de Judæis*.

(2) Theod. et Valent., L. ult., C. Th., *de Episc. et cleric.*

(3) C. Th., Novell. XII.

(4) Marcian., L. 25;—Leo et Anthem., L. 33, C., *de Episc. et cleric.*

(5) Concile de Carthage, vers l'an 397. — Concile de Chalcédoine, de 451.

périeurs (1). En effet, ce prince admit dans son Code les constitutions d'Arcadius et d'Honorius, mais non celle de Valentinien. — Quant aux moines cloîtrés, il fut défendu de les traduire devant les autorités civiles, pour ne pas les troubler dans leurs pieuses contemplations : on dut les appeler devant l'évêque. Cette disposition fut ensuite étendue aux autres ecclésiastiques, que l'on ne put désormais citer devant les autorités civiles qu'autant que l'évêque n'avait pas voulu, ou n'avait pas pu juger le procès (2). Ainsi, dans la législation de Justinien, l'évêque doit connaître de toutes les actions dirigées contre les clercs.

Les parties ont dix jours pour appeler de la sentence de l'évêque : c'est le délai ordinaire pour l'appel des sentences arbitrales (3).

Si l'évêque tarde à prononcer, le demandeur peut s'adresser au juge ordinaire (4).

Quant à l'évêque lui-même, il ne peut être cité devant le magistrat civil : des peines sévères sont prononcées contre ceux qui contreviendraient à cette prohibition (5).

II. *Affaires criminelles.* — Quant aux causes criminelles, les ecclésiastiques restèrent justiciables des tribunaux laïques (6) : et, toutefois, ils étaient

(1) Novell. LXXXIII; CXXIII, 8, 21, 22, 23.

(2) Novell. LXXIX et LXXXIII.

(3) Justin., L. 5. C., *de Recept. arb.*

(4) Novell. CXXIII, cap. 21.

(5) Novell. CXXIII, 8, 21 et 22.

(6) Constant. et Constans, L. 12, C. Th., *de Episc.* —

privilégiés en ce qu'ils ne pouvaient être poursuivis, dans les provinces, que devant le gouverneur; et, dans la capitale, seulement devant le préfet de la ville (1).

III. Les évêques exerçaient, en outre, une influence assez importante sur les magistrats laïques: ainsi, par exemple, ils avaient le droit de veiller à ce que les prisonniers fussent humainement traités, et à ce que leurs procès fussent promptement expédiés (2).

Justinien augmenta beaucoup le pouvoir épiscopal. — 1° En cas de déni de justice par un gouverneur de province, l'évêque peut lui faire des remontrances; et, en cas de refus d'y obtempérer, faire son rapport à l'empereur. — 2° Si le gouverneur est suspect, l'évêque peut s'adjoindre à lui pour juger. — 3° L'évêque est juge des procès entre le gouverneur et les particuliers. — 4° Enfin, l'empereur délègue souvent aux évêques l'instruction et le jugement des procès (3).

La L. 12, C. Th., *de Episcopis*, dit le contraire; mais ce ne fut là sans doute qu'un droit transitoire. — La L. 23, *eod.*, distingue entre les délits des évêques qui doivent être jugés par le synode de la province, et les crimes dont la connaissance est attribuée aux fonctionnaires impériaux. — Cf. Honor. et Theod., L. 41; — Theod. et Valent., L. 47, *eod.*, et Novell. LXXXIII, pr. et § 2.

(1) Leo et Anthem., L. 33, pr., et § 1, C., *de Episcop.*

(2) Honor. et Theod., L. 7, C. Th., *de Custod. reor.* — Justin., L. 22, C., *de Episc. audient.*

(3) Novell. LXXXVI, 1, 2, 4; CXXIII, 21.

CHAPITRE TROISIÈME.

ASSESSEURS ET OFFICIERS DES MAGISTRATS.

§ 119. — Assesseurs des magistrats.

Dès le temps de la république, les magistrats étaient dans l'usage de se faire assister par des conseillers ou assesseurs, ce qui était d'autant plus nécessaire, que souvent les magistrats eux-mêmes n'étaient pas jurisconsultes (1).

Cette utile coutume se maintint sous l'empire (2); et souvent même on vit les empereurs venir s'asseoir comme assesseurs auprès des magistrats (3).

Pendant longtemps le choix des assesseurs ne fut assujetti à aucune règle. Le magistrat appelait auprès de lui qui bon lui semblait, et le rôle d'assesseur avait bien plus le caractère d'un service d'ami que celui d'une fonction publique.

Sous les Sévères, l'institution des assesseurs changea de nature, et devint une fonction publique

(1) Cicero, *pro Plancio*, 38; *de Orat.*, I, 37.

(2) Plin., *Epist.*, I, 20; VI, 11. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, I, 22.

(3) Tacit., *Ann.*, I, 75. — Sueton., *Tiber.*, 33; *Claud.*, 12. — Dio Cass., LXIX, pag. 790.

salariée par l'Etat, et habituellement confiée à des jurisconsultes (1). — Néanmoins, le magistrat conserva le droit de choisir lui-même ses assesseurs. Il les prenait parmi les personnes qui s'étaient adonnées à l'étude du droit (2). Toutefois, comme il n'était pas tenu de suivre leur avis, on n'apportait pas, en général, beaucoup de soin dans le choix de ces conseillers : on confiait même ces fonctions à de jeunes jurisconsultes, qui se formaient ainsi à la pratique des affaires (3). Cependant, quand le magistrat n'était pas versé dans la science du droit, les assesseurs devaient avoir naturellement une grande influence.

Ces conseillers étaient surtout nécessaires aux empereurs, à cause de la multiplicité des affaires qui leur étaient soumises; et ce fut là, sans doute, le germe du conseil d'État dont nous avons déjà parlé aux § 56 et 104.

Les préfets, soit de la ville, soit du prétoire, avaient pareillement leur conseil (*auditorium*).

(1) Papiuian., L. 4, ff., *de Offic. adsess.* — Ulpian., L. 1, § 8; — Paul., L. 4, ff., *de Extraordin. cognit.* — Ulpian., L. 38, ff., *Ex quib. caus. maj.* — Honor. et Theod., L. 7, C., *de Adsess.*

(2) Celsus, L. 29, ff., *de Legat.*, 2. — Ulpian., L. 9, § 3, ff., *Quod metus causa;* L. 8, ff., *de Manum. vind.* — Papin., L. 3, § 3, ff., *de Usur.* — Arcad. et Honor., L. 1, C. Th., *de Assessor.*

(3) Paul., L. 5, ff., *de Offic. adsess.* — Diocl. et Maxim., L. 1;—Justin., L. 14, pr., et § 2, C., *de Adsess.*—Leo, L 11, pr., C., *de Advoc. div. judicior.* — Arcad. et Honor., L. 1, C. Th., *de Adsess.*—Novell. LX, cap. 2, § 1; LXXXII, 1, § 1.

Enfin, les gouverneurs des provinces se faisaient aussi aider par des assesseurs.

L'assesseur assistait aux audiences; il aidait le magistrat de ses avis; il était responsable (1). — Le magistrat pouvait charger son assesseur de la rédaction des actes (2); mais il ne pouvait, au moins en général, lui déléguer ni l'instruction ni la décision des procès (3), non plus que le droit de signer les actes du ministère du magistrat (4).

§ 120. — Assesseurs des juges.

Plus encore que les magistrats, les jurés avaient besoin de s'aider des avis de personnes versées dans l'étude de la jurisprudence et dans la pratique des affaires : aussi avaient-ils très-souvent recours aux conseils de leurs amis; et les avocats adressaient la parole à ces conseillers (*consiliarii*) aussi bien qu'au juré lui-même. Il en était ainsi du temps de Cicéron, et cet usage se maintint tant que la procédure formulaire fut en vigueur.

§ 121. — Officiers des magistrats sous la république.

Nous n'avons que des détails très-incomplets sur les officiers qui, sous la république, étaient placés

(1) Amm. Marcell., XXIII, 6.—Paul., L. 2, ff., *Quod quisque juris.* — S. Augustin., *Confess.*, VI, 10.

(2) Paul., L. 1, ff., *de Offic. adsess.* — Justin., L. 14, § 2, C., *de Adsess.* — Cassiod., *Var.*, VI, 12.

(3) Novell. LX, cap. 2. — Cf., Novell. LXXXII.

(4) Constantin., L. 2, C., *de Adsess.*

auprès des divers magistrats. Il est souvent question, dans les auteurs classiques, des écrivains (*scribæ, librarii*), des hérauts ou huissiers (*accensi, præcones*), et d'autres officiers, qui paraissent avoir été plus particulièrement chargés de l'exécution, à savoir, les *viatores* et les *lictores*. Chacun de ces officiers avait ses fonctions particulières, en harmonie avec la nature des pouvoirs du magistrat auquel il était attaché, ainsi qu'on peut le voir, dans Aulu-Gelle, à l'égard des *lictores* et des *viatores* (1).

§ 122. — Officiers des magistrats sous l'empire.

Les officiers des magistrats républicains avaient eu un caractère entièrement civil : ce qui était en harmonie avec la constitution libre de la cité. Sous l'empire, au contraire, les officiers prirent une physionomie toute militaire (2) : leurs noms mêmes étaient empruntés à la hiérarchie de l'armée, *centurio* (3), *cornicularius* (4), *commentariensis* (5), *optiones* (6), *speculatores* (7), *stratores* (8). — Depuis que Constantin eut consommé la séparation des pou-

---

(1) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XIII, 12.—*Voy.* ci-après, § 189.

(2) Lydus, *de Magistrat.*, III, 2.

(3) Scævola, L. 43, § 1, ff., *de Pignerat. act.*

(4) Orelli, *Inscript.* 3489.

(5) Ulpian., L. 6, ff., *de Bon. damn.* — Paul., L. 8, ff., *de Cust. et exh.* — Orelli, *Inscript.*, 3206, 3487.

(6) Ulpian., L. 6, ff., *de Bon. damn.*

(7) Ulpian., L. 6, ff., *de Bon. damn.*

(8) Ulpian., L. 4, § 1, ff., *de Offic. procons.* — Ulpian., L. 10, ff., *Ex quib. caus. maj.*

voirs civils et militaires, ces officiers devinrent, il est vrai, de simples fonctionnaires civils; et, néanmoins, ils conservèrent encore, jusqu'à un certain point, un caractère militaire; seulement il est probable qu'ils ne furent plus portés sur les cadres de l'armée (1).

On appelait *officium* le collége des officiers de différents grades qui étaient attachés à chaque magistrat; les officiers eux-mêmes prenaient les noms d'*officiales*, *apparitores*, *milites* (2), *cohortales*, *cohortalini* (3); et ces noms confirment ce que nous venons de dire de leur origine militaire.

§ 123. — Nombre de ces officiers. — Nomination. — Incapacités. — Priviléges.

On ne sait si le nombre des officiers était fixé par les lois; mais, dans tous les cas, il variait sans doute suivant l'importance du magistrat lui-même.

Ce nombre était, au surplus, fort considérable. Sous Théodose le Grand nous trouvons les chiffres suivants : l'officium du *præses* de la province d'Illyrie était de *cent* (4); celui du *vicarius*, de *trois cents* (5); celui du proconsul d'Afrique, de

(1) Anastas., L. 16, C., *de Testam. mil.* — Constant., L. 4, C. Th., *de Div. offic.* — Notit. dignit., sect. 4, 7.

(2) Lactant., *de Morte pers.*, 31. — Symm., *Epist.* X, 43, 63. — Lydus, *de Magistr.*, III, 30.

(3) Honor. et Theod., L. 48, C. Th., *de Hæret.* — Gothofr. *Paratitl. C. Th.*, *de Cohort.*

(4) Arcad. et Honor., L. 9, C., *de Cohort.*

(5) Valent. et Valens, L. 5; — Valent., Theod. et Arcad.,

quatre cents (1); celui du *comes Orientis*, de *six cents* (2). On peut se figurer par là combien devaient être nombreux les officiers des magistrats les plus élevés, tels que les préfets du prétoire et les *magistri militum*. — Sous Justinien, le nombre des officiers paraît avoir été bien réduit; car nous n'en trouvons plus que trois cent quatre-vingt-dix-huit pour le préfet du prétoire d'Afrique, et cinquante pour chacun des présidents de province de cette préfecture (3). — Dans l'empire d'Orient, les fonctionnaires civils et militaires du rang de *spectabiles* n'avaient que cent officiers (4).

Les officiers n'étaient point nommés par le magistrat lui-même, mais par l'empereur (5).

Tous les officiers étaient inscrits sur un registre matricule officiel, et prêtaient un serment qui les attachait à l'officium, eux et leur postérité (6).

L. 12, C. Th., *de Offic. vicar.* — Celui du vicaire d'Asie, de deux cents: Valent., Theod. et Arcad., L. 13, C. Th., *eod. tit.*

(1) Arcad. et Honor., L. 6, C. Th., *de Offic. procons.*

(2) Theod., Arcad. et Honor., L. 1, C. Th., *de Offic. com. Or.* — Theod. et Arcad., L. 1, C., *de Appar. com. Or.*

(3) Justin., L. 1, § 3 et 8, C., *de Offic. præf. præt. Afr.*

(4) Novell. XXIV et seqq.

(5) Constant. et Constans, L. 2, C., *de Cohort.* — Theod. et Valent., L. 6, C.; L. 21 et 22, C. Th., *de Div. offic.* — Constantin., L. 1; — Constant. et Constans, L. 7, C. Th., *eod. tit.* — Lydus, *de Magistr.*, III, 4, 26.

(6) Arcad., Honor. et Theod., L. 10; — Theod. et Valent., L. 12, C., *de Cohort.* — Constantin., L. 1, C., *de Fil. offic. milit.* — Valent. et Valens, L. 8; — Grat., Valent. et Theod.,

Mais tous les employés inscrits n'avaient pas, pour cela, de fonctions actives (1). — L'avancement était réglé en raison du temps et des services (2).

Ne pouvaient faire partie de l'officium les esclaves, les colons (3); ceux qui remplissaient quelque autre fonction publique (4), ou qui appartenaient, soit à une curie (5), soit à une corporation (6).

Les officiers recevaient un traitement du trésor public (*annona*, *capitum*) (7); ils recevaient, en outre, des parties, des épices considérables (8).

Ils ne pouvaient aliéner leurs charges que sous certaines restrictions (9).

Le magistrat auquel ils étaient attachés était

L. 14, C. Th., *de Cohort.* — Constantin., L. 3, C. Th., *de Fil. milit.* — Honor. et Theod., L. 184, C. Th., *de Decur.;* L. 14, C. Th., *de Priv. cor.* — Lydus, *de Magistr.*, III, 66, 67.

(1) Arcad. et Honor., L. 2 et 3; — Honor. et Theod., L. 4, C. Th., *ad Leg. Jul. de Amb.;* L. 16, C. Th., *de Numer.* — Valent. et Valens, L. 10, C. Th., *de Cohort.* — Grat., Valent. et Theod., L. 18, C. Th., *de Div. offic.*

(2) Constantin., L. 1, C. Th., *de Div. offic.* — Cassiodor., *Var.*, XI, 17.

(3) Arcad. et Honor., L. 5, C. Th., *de Tabular.*

(4) Constantin., L. 4, C. Th., *de Numer.* — Honor. et Theod., L. 22, C. Th., *de Cohort.*

(5) Valent., Theod. et Arcad., L. 1, C., *de Apparit. procons.*; L. 4, C. Th., *de Offic. procons.*; L. 12, C. Th., *de Offic. vicar.* — Arcad. et Honor., L. 6, C. Th., *de Offic. procons.*

(6) Theod. et Valent., L. 12, § 3, C., *de Cohort.*

(7) Justin., L. 1, § 8; L. 2, § 19, C., *de Off. præf. præt. Afr.*

(8) Lydus, *de Magistr.*, II, 18; III, 24, 27, 66.

(9) Valent. et Valens, L. 10, C. Th., *de Cohort.*

leur juge naturel, tant en matière civile qu'en matière criminelle (1); il exerçait sur eux un pouvoir disciplinaire sans appel (2).

§ 124. — Titres et fonctions des divers officiers.

Il faut d'abord distinguer les officiers ayant des fonctions spéciales, comme le *princeps*, le *cornicularius*, etc., dont chacun est chef de service, d'avec les employés qui les aident dans leurs fonctions (*adjutores*), et qui forment leurs bureaux (*scrinia*). —Il ne faut pas non plus confondre les bureaux spéciaux (*scrinia*) avec les colléges d'employés (*scholæ*) composés de gens qui, bien qu'attachés à l'officium, n'y ont pas de fonctions propres à remplir.

Les trois premiers officiers, chefs de service, sont : le *princeps*, le *cornicularius* et l'*adjutor* ou *primiscrinius* (3); viennent ensuite le *commentariensis*, le *ab actis*, les *numerarii*, *tabularii*, *scriniarii*, le *regendarius*, le *cura epistolarum*.

Disons quelques mots sur chacun de ces officiers.

(1) Honor. et Theod., L. 2, C., *de Offic. magistr. mil.* — Leo et Zeno, L. 8, C., *de Div. Offic.* — Theod. et Valent., L. 3, C., *de Apparit. præf. præt.*

(2) Honor. et Theod., L. 12, C., *de Offic. rect. prov.* — Valent. et Valens, L. 3, C., *Quor. appell. non recip.* — Lydus, *de Magistr.*, III, 57.

(3) Justin., L. 7, § 3, C., *de Adv. div. jud.* — Leo et Zeno, L. 10, C., *de Div. offic.* — Valent., Theod. et Arcad., L. 2, C., *de Prox. sacr. scrin.* — Honor. et Theod., L. 46, C. Th., *de Hæret.*; L. 9, C. Th., *de Exsecut.* — C. Th., Novell. LXXI, § 1.

1° *Princeps.* — C'est le chef de l'office entier (1). Rien ne doit se faire sans sa permission (2). Il a la surveillance de la matricule des officiers, dont aucun ne peut être institué ou rayé à son insu (3).

2° *Cornicularius.* — Il avait la surveillance de toute la procédure, la signature de tous les actes judiciaires (4). Il recevait, pour ses soins, des épices considérables (5).

3° *Adjutor, subadjuva.* — L'*adjutor*, dont le nom est aussi donné dans un sens générique aux divers auxiliaires des magistrats, est, dans un sens restreint, l'officier chargé de l'expédition des mandats exécutoires (6) : il avait la haute main sur tout ce qui concernait l'exécution (7). A côté de l'*adjutor* se trouve le *subadjuva*, officier de même nature, et qui supplée le premier.

4° Le *commentariensis* assistait le magistrat dans l'exercice de la justice criminelle : il recevait les accusations (8), ordonnait les mesures pour l'ar-

---

(1) Arcad. et Honor., L. 6, C. Th., *de Princip. agent.*

(2) Grat., Valent. et Theod., L. 1, C., *de Princip. agent.* — Valent., Theod. et Arcad., L. 4, C. Th., *eod. tit.* — Constantin., L. 7, C. Th., *de Offic. rect. prov.*

(3) C. Th., Novell. LXXI, § 1.

(4) Lydus, *de Magistr.*, III, 12, 24.

(5) Lydus, *de Magistr.*, III, 24.

(6) Grat., Valent. et Theod., L. 2 et 4, C. Th., *de Exsecutor.*; L. 3, C., *de Div. offic.*; L. 1, C., *de Sportulis.* — Lydus, *de Magistr.*, III, 11, 12.

(7) Lydus, *de Magistr.*, III, 15.

(8) Panciroli, *Notit. dignit.*, cap. 13. — Gothofred., *ad Leg.* 5, *C. Th.*, *de Cust. reor.*

restation et la garde de l'accusé (1), et en outre était chargé des interrogatoires, de la torture, et enfin, de l'exécution des condamnés (2). — Il était assisté de plusieurs employés, et notamment d'un greffier criminel (*instrumentarius*) chargé de la conservation des actes criminels (3).

5° *Ab actis.* — Cet officier, que l'on confond souvent, mais à tort, avec l'*actuarius*, assistait le magistrat dans l'exercice de la juridiction civile. Il paraît avoir été, pour la justice civile, ce qu'était le *commentariensis* pour la justice criminelle. Les avocats inscrits près le tribunal étaient placés sous sa surveillance (4). Il avait sous ses ordres le greffier civil, *instrumentarius* (5), et des huissiers, *nomenclatores*, pour l'appel des causes et des avocats (6).

6° *Numerarii, tabularii, scriniarii.* — Ces divers employés paraissent avoir surtout appartenu à l'administration financière, et n'avoir pas eu de part aux affaires judiciaires.

---

(1) Valent., Valens et Grat., L. 5, C. Th.; L. 4, C.; — Grat., Valent. et Theod., L. 6, C. Th.; L. 5, C., *de Cust. reor.* — Valent. et Valens, L. 5, C. Th., *de Iis quæ adm.* — Lydus, *de Magistr.*, III, 4, 8, 18. — Edict. Justin., XIII, cap. 12, 17, 23.

(2) Panciroli, *Notit. dignit.*, cap. 13.

(3) Lydus, *de Magistr.*, III, 19.

(4) Justin., L. 7, § 3, C., *de Advoc. div. jud.*

(5) Lydus, *de Magistr.*, III, 20.

(6) Lydus, *de Magistr.*, III, 8, 20. — Notit. dignit., sect. 37. — Symm., *Epist.* X, 43.

7° *Regendarius.* — C'était l'officier chargé des postes impériales (1).

8° *Cura epistolarum.* — C'était l'employé chargé de la correspondance (2).

CHAPITRE QUATRIÈME.

LANGAGE. ÉCRITURE.

§ 125. — Langage judiciaire.

Dans l'origine, la langue latine fut la seule qui pût être employée pour les actes judiciaires (3). — Les jugements devaient être rédigés en latin, même dans les provinces (4); quoique, pour les actes moins solennels, ou qui exigeaient une grande publicité, les gouverneurs se servissent fort souvent de l'idiome propre à la province (5).

Le partage de l'empire eut, sur ce point, une notable influence. Dans l'empire d'Occident, le la-

(1) Lydus, *de Magistr.*, III, 4, 21; — Cassiod., *Var.*, XI, 29. — Panciroli, *Notit. dignit.*, cap. 18.

(2) Lydus, *de Magistr.*, III, 4, 5, 21; — Cassiod., *Var.*, XI, 23. — Panciroli, *Notit. dignit.*, cap. 17.

(3) Gaius, II, 281; III, 93. — Ulpian., *Fragm.*, XXV, 9.

(4) Tryphon., L. 48, ff., *de Re judic.*

(5) Ulpian., L. 13, § 6, ff., *de Jurejur.* — Gordian., L. 16 et 17, C., *ex Quib. caus. infam.*

tin demeura la langue légale; mais, en Orient, le grec finit par l'emporter. Arcadius permit aux magistrats de rendre leurs jugements dans l'un ou l'autre idiome, à leur gré (1). Il est donc probable que l'usage du latin dut disparaître dans toutes les provinces où le grec était la langue usuelle. Toutefois, on conserva encore longtemps, à Constantinople, l'usage du latin dans les tribunaux (2). Au cinquième siècle, dans le tribunal du préfet du prétoire d'Orient, on rédigeait encore en cette langue les jugements, les procès-verbaux et les rapports sur appel (3); mais, à partir de cette époque. nous ne voyons plus employer le latin que pour les actes relatifs aux provinces d'Europe (4).

§ 126. — De l'écriture dans les actes judiciaires.

Dans les premiers siècles de Rome, toute la procédure était orale. Et non-seulement les actes judiciaires n'exigeaient point la solennité de l'écriture; mais il ne paraît pas que, même au temps de Cicéron, on fût dans l'usage de tenir des procès-verbaux pour constater les actes accomplis oralement (5). — Au temps des jurisconsultes classiques, nous trouvons cette coutume établie, non-seule-

(1) Arcad. et Honor., L. 12, C., *de Sentent. et interl.*

(2) Diocl. et Maxim., L. 2, C., *de Excus. mun.* — Constantin., L. 1, C. Th., *de Iis quæ adm.*

(3) Lydus, *de Magistr.*, II, 12; III, 11, 20, 27, 42.

(4) Lydus, *de Magistr.*, III, 68.

(5) Cicero, *in Verr.*, II, 2, c. 41-43.

ment dans le tribunal de l'empereur et dans ceux des hauts fonctionnaires de l'empire (1), mais encore dans les simples justices municipales (2). Au surplus, nous ne possédons aujourd'hui aucun document qui puisse donner une idée nette de la manière dont ces procès-verbaux étaient rédigés.

On sait seulement qu'ils devaient être dressés le troisième, et, au plus tard, le cinquième jour (3). Lydus distingue toutefois entre le journal ou plumitif (*regesta*, *quotidiana*), où étaient notés, au fur et à mesure, tous les actes judiciaires, et les procès-verbaux relatifs aux actes propres aux parties (*personalia*), lesquels étaient dressés avec plus de détails et exigeaient aussi plus de temps (4).

Ces procès-verbaux étaient conservés dans les archives du tribunal (5). Les parties pouvaient s'en faire délivrer des copies par les *exceptores*, moyennant salaire (6); et les tiers pouvaient exi-

---

(1) Marcellus, L. 3, ff., *de His quæ in testam. del.* — Callistrat., L. 13, ff., *Quod met. causa.* — Scævola, L. 21, ff., *de Auct. tut.* — Brisson., *de Form.*, V, 113; *de V. S.*, V° *Acta*.

(2) *Fragm. Vat.*, § 112.

(3) Constantin., L. 1, C. Th., *de Offic. procons.*

(4) Lydus, *de Magistr.*, III, 20, 27. — Cf. Modestin., L. 33, § 1, ff., *Ex quib. caus. maj.*

(5) Honor. et Theod., L. 6, C., *de Re jud.*; L. 55, C. Th., *de Hæret.* — *Voyez* cependant : Valent., Theod. et Arcad., L. 8, C. Th., *de Infirm. his quæ sub tyrann.*

(6) Theod. et Valent., L. 32, § 2 et 4, C., *de Appell.* — Lydus, *de Magistr.*, III, 11. — Constant., L. 2, C., *Ut lite pend.*

ger communication au moins des actes publics (1).

Au Bas-Empire, l'écriture devint d'un usage de plus en plus général dans la procédure civile et criminelle.

CHAPITRE CINQUIÈME.

DES LIEUX ET DU TEMPS OU SE RENDAIT LA JUSTICE.

§ 127. — Du lieu et de la publicité des audiences.

Dans l'ancienne Rome, les débats judiciaires étaient environnés de la plus grande publicité; car la justice se rendait ordinairement dans le *forum* ou dans le *comitium* (2). Accidentellement, cependant, les préteurs pouvaient, quand ils le jugeaient convenable, transporter leur tribunal en d'autres lieux : *tribunal posuerunt*, dit Tite-Live (3).

Dans la suite, les séances se tinrent dans des bâtiments à ce destinés, *basiliques*, *prétoires*, etc. (4). —Certainement la publicité en fut diminuée; mais

---

(1) Sever. et Anton., L. 2, C., *de Edendo*.

(2) Cicero, *Auct. ad Herenn.*, II, 13. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XX, 1. — Plaut., *Pœnul.*, III, 6, v. 12.

(3) Tit. Liv., XXIII, 32.

(4) Plin., *Epist.*, II, 14; V, 21; VI, 33. — Paul., *Sent. recept.*, IV, 6, § 2. — Lydus, *de Magistr.*, II, 16, 17; III, 11,

il ne faut pas en conclure que la justice fût pour cela devenue occulte : il est certain, au contraire, que, même sous le Bas-Empire, elle se rendait publiquement portes ouvertes (1), nonobstant les expressions *secreta, vela,* qui font allusion seulement au rideau que l'on tirait sur le magistrat pendant qu'il délibérait (2).

La salle d'audience avait la forme d'un parallélogramme, dont le fond s'arrondissait en demi-cercle : c'est dans ce demi-cercle que se plaçaient le magistrat et ses assesseurs. Le magistrat était assis sur une chaise curule placée elle-même sur une estrade élevée : c'est même là le tribunal proprement dit, qui, dès les temps les plus anciens, fut considéré comme caractéristique des magistrats judiciaires (3). Les assesseurs se plaçaient à droite

---

30. — Tacit., *Dial. de caus. corrupt. eloq.*, 39. — Constantin., L. 6, C. Th., *de Offic. rect.* — Valent. et Valens, L. 9, *eod.*

(1) Valent. et Valens, L. 9 et 10, C. Th., *de Offic. rect.* — Lydus, *de Magistr.*, II, 15; III, 35. — Carus, Carin. et Numer., L. 6, C., *de Sentent. et interl.*

(2) Cependant plusieurs personnes pensent que ce rideau cachait le tribunal au public, et permettait ainsi dans l'ombre des iniquités monstrueuses. Cela me paraît assez ridicule : le juge qui veut prévariquer n'a pas besoin pour cela d'attendre le moment de l'audience; et si d'ailleurs on voulait éviter la publicité, n'eût-il pas été plus simple de ne pas admettre du tout le public, plutôt que de recourir à un expédient aussi puéril que ce rideau?

(3) Dion. Halic., II, p. 99. — Tit. Liv., XXIII, 32. — Cicero, *in Vatin.*, 9. — Cæsar., *de Bell. civ.*, III, 20. — Suet., *Cæs.*, 84. — Vitruv., *de Arch.*, V, 1, § 8.

et à gauche du magistrat (*cornua*) sur des siéges moins élevés. Les avocats, les officiers du magistrat et le public occupaient le reste de l'enceinte (1).

Il y avait auprès du magistrat des siéges d'honneur, où pouvaient venir s'asseoir les personnes d'un rang élevé (2).

Les jurés n'avaient point de tribunal dans le sens propre du mot : ils n'avaient que des siéges ordinaires *subsellia*. Ils rendaient la justice dans le forum. Sans nul doute, il y avait des lieux ordinaires pour leurs audiences; mais il est constant qu'ils pouvaient eux-mêmes indiquer aux plaideurs le lieu où ils voulaient juger : souvent même ce lieu était désigné par le magistrat dans l'acte par lequel il avait nommé le juge. Enfin, il est vraisemblable aussi que, dans les cas où la vue des lieux litigieux pouvait être utile, le juré s'y transportait et y entendait les parties, à peu près comme le font nos juges de paix (3).

Quant aux provinces, nous avons déjà dit que les gouverneurs allaient tenir des assises (*conventus*) dans les principales villes de leur gouvernement. — Par suite des réformes introduites par

---

(1) Dion. Halic., II, 29. — Tacit., *Annal.*, I, 75. — Suet., *Cæsar*, 84. — Plin., *Epist.*, VI, 33. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XIV, 2. — Ascon., *Divin.*, 48.

(2) Valent., Theod. et Arcad., L. 5, C. Th., *de Proxim.* — Arcad. et Honor., L. 7, *eod.* — Honor. et Theod., L. 16, *eod.* — Arcad., Theod. et Honor., L. 1, C., *de Offic. jud. civ.* — Valent., Theod. et Arcad., L. 3, C., *de Offic. div. jud.*

(3) Ulpian., L. 59, ff., *de Judic*; L. 21, § 10 et 11, ff., *de Recept. qui arbit.*

Dioclétien et Constantin, le nombre des magistrats ayant été considérablement augmenté, l'administration de la justice ne fut plus promenée de ville en ville; le magistrat fixa son tribunal dans une cité où les plaideurs devaient se rendre.

Les affaires importantes devaient être jugées à l'audience, le magistrat siégeant sur son tribunal, *pro tribunali;* les autres pouvaient être expédiées sans solennité et en tout lieu (*de plano*), sur simple requête (*libellus*) (1).

§ 128. — Du temps où se rendait la justice.

Les magistrats et les jurés ne siégeaient pas tous les jours. Outre les jours *néfastes*, il y avait encore des vacances générales aux mois de novembre et de décembre (2). — Les jours d'audiences sont désignés par les expressions *dies fasti*, *dies cognitionum*, *dies postulationum* (3).

Dans les premiers temps, on ne consacrait aux affaires judiciaires qu'un jour sur neuf, ce qui, en raison de l'ancienne année de dix mois, faisait trente-huit jours par an. La loi Hortensia voulut que les jours d'audience fussent les mêmes

(1) *Fragm. Vatic.*, § 156 à 165. — Ulpian., L. 2, § 1 et 2, ff., *Quis ordo*; L. 3, § 8, ff., *de Bon. poss.* — Constant., L. 4, C., *de Dilat.* — Val. et Gall., L. 2, C., *Quemadm. testam.* — Ulpian., L. 9, § 1 et 3, ff., *de Offic. procons.* — Cette distinction entre *pro tribunali* et *de plano* se trouve aussi dans la juridiction municipale : *Fragm. Vatic.*, § 112.

(2) Sueton., *Octav.*, 32; *Claud.*, 23; Cf. *Galba*, 14.

(3) Ulpian., L. 73, ff., *de Judic.* — Papin., L. 28, ff, *de Excusat.*

que les jours de marché (*nundinæ*), lesquels se tenaient aussi tous les neuf jours : *uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent* (1). — Plus tard, ces trente-huit jours ne suffisant plus à l'expédition des affaires, les magistrats purent vaquer à leurs fonctions les jours de comices, aux heures où ne tenait pas l'assemblée du peuple. — Les jours de l'année se divisaient en quatre espèces : 1° les *dies nefasti*, pendant lesquels le cours de la justice était absolument suspendu; 2° les *dies fasti proprie et toti*, ceux pendant toute la durée desquels, depuis le lever jusqu'au coucher du soleil, le magistrat pouvait vaquer aux actes de la juridiction : ce sont principalement les trente-huit jours dont nous avons déjà parlé; 3° les *dies fasti proprie sed non toti*, ceux pendant lesquels il était permis de plaider à certaines heures seulement; 4° enfin les *dies casu fasti*, ceux auxquels on pouvait accidentellement faire les actes de juridiction : tels étaient notamment les jours de comices, pendant lesquels, ainsi que nous l'avons dit, les magistrats pouvaient siéger, aux heures où ne se tenait pas l'assemblée du peuple. — Pendant longtemps la connaissance des jours fastes et néfastes fut un secret soigneuse-

(1) Macrob., *Sat.*, I, 15, 16. — Dion, Halic., VII, 58. — Festus, V° *Nundinas*. — Tout ce qui concerne l'ancien calendrier judiciaire est fort obscur, et les interprètes sont loin d'être d'accord. *Voyez* Niebühr, tom. I, pag. 308, 382, 411; tom. II, pag. 242; tom. III, pag. 367; et Bethmann-Hollweg, pag. 219.

ment gardé par les pontifes; mais depuis que C. Flavius en eut dévoilé le mystère, on les marqua dans le calendrier par des lettres particulières (1).

Marc-Aurèle porta à deux cent trente le nombre des jours judiciaires (2).

Dans les provinces, l'époque et la durée du *conventus* déterminaient le temps judiciaire.

Après que le christianisme fut devenu religion de l'État, il n'y eut d'abord de jour férié que le dimanche (3). On y ajouta depuis diverses fêtes religieuses (4) et civiles (5).

CHAPITRE SIXIÈME.

DE LA COMPÉTENCE (*FORUM COMPETENS*).

§ 129. — Simplicité des principes sur la compétence dans le droit antérieur aux empereurs chrétiens.

C'est aujourd'hui, en France, un problème bien difficile que celui qui a pour objet de déterminer

(1) Manut., *de Vet. dier. rat.*

(2) Capitolin., *M. Anton.*, 10.

(3) Constant., L. 17, C. Th., *de Feriis;* L. 3, C., *de Feriis.*

(4) Savoir, la quinzaine de Pâques, Noël, l'Épiphanie, et quelques fêtes d'apôtres. (Valent., Theod. et Arcad., L. 7 et 8, C., *de Feriis*; L. 19 et 21, C. Th., *eod. tit.*)

(5) Savoir, l'anniversaire de la naissance de l'empereur et de son avénement au trône, l'anniversaire de la fonda-

quel est le tribunal compétent pour tel ou tel genre de demande. En effet, même en laissant de côté les questions si graves que fait naître la *juridiction criminelle*, et les inextricables difficultés auxquelles donne naissance le *contentieux administratif;* en circonscrivant la question dans le cercle des affaires purement privées, de combien de circonstances nombreuses et diverses dépend la solution de ce problème! Il faut avoir égard tout à la fois à la *nature du tribunal* (1), au *genre de l'action* (2), à l'*importance* de la demande (3), à la *qualité* du défendeur (4), à sa *profession* (5), à son *domicile* (6), à la *situation de l'objet* litigieux (7), à la *con-*

---

tion de Rome et de Constantinople, l'époque de la moisson et celle de la vendange. (*Voyez* les citations de la note précédente.)

(1) Est-ce un tribunal *ordinaire*, ou un tribunal *d'exception?*

(2) L'action est-elle *civile* ou *commerciale?* — *Réelle* ou *personnelle?* — *Mobilière* ou *immobilière?* — *Pétitoire* ou *possessoire?* — *Principale* ou *accessoire?* — *Directe* ou *reconventionnelle?* — etc. etc.

(3) Loi du 24 août 1790, titre III, art. 9 et 10; titre IV, art. 5; titre XII, art. 13. — Loi du 29 ventôse an IX, art. 2. — Loi du 11 avril 1838. — Loi du 25 mai 1838. — *C. de commerce*, art. 639, 640, 646.

(4) Est-il *français* ou *étranger?* (*C. civil*, art. 14, 17.)

(5) Est-il *commerçant* ou non? (*C. comm.*, art. 631; *C. de procéd.*, 420, 423, 425.)

(6) *C. de procéd.*, art. 2, 50, 59.

(7) *C. de procéd.*, art. 2, 50, 59. — Loi du 25 mai 1838, art. 4, 5 et 6.

nexité (1), à la *litispendance* (2), etc. etc. etc.

Rien de pareil à cette complication dans l'ancien droit romain : la compétence était régie par des règles peu nombreuses et d'une application facile. — Il n'y avait pas à s'occuper de la nature des tribunaux, ni de celle des affaires; car, sauf quelques exceptions peu importantes, les pouvoirs des magistrats n'étaient point restreints à telle ou à telle espèce d'affaires; tout magistrat, ayant juridiction, pouvait, en général, connaître de tous les procès privés; son pouvoir n'était guère limité que sous un seul rapport, celui de la *circonscription territoriale* (3).

Et comme, d'un autre côté, on avait ramené la question de compétence à ce principe simple : ACTOR SEQUITUR FORUM REI (4), l'action devait toujours être portée, qu'elle fût *in rem* ou *in personam*, devant le magistrat à l'autorité duquel était soumis le défendeur; tout le problème de la compétence se réduisait donc à cela: Quel est le magistrat ayant autorité sur le défendeur?

(1) *C. de procéd.*, art. 171.

(2) *C. de procéd.*, art. 171.

(3) Paul., L. 20, ff., *de Jurisd.* : « *Extra territorium* jus dicenti impune non paretur. Idem est et si *supra suam jurisdictionem* velit jus dicere. » Cette dernière phrase se réfère aux magistrats municipaux qui ne pouvaient connaître au delà d'une certaine somme. (*Voyez* ci-dessus, § 65.)

(4) Vatic. fragm., § 325 et 326, Diocl. et Max., L. 2. — Arcad. et Honor., L. 5, C., *de Jurisd. omn. judic.*; — Diocl. et Max., L. 3, C., *Ubi causa stat.* — Valent. Theod. et Arcad., L. 3, C., *Ubi in rem.* — La règle *actor sequitur forum*

§ 130. — **Circonstances générales qui déterminent la compétence.**

Or, on peut être soumis à l'autorité d'un magistrat par l'effet de diverses circonstances qui peuvent être cependant ramenées à ces trois chefs principaux : 1° soit parce qu'on est *membre* (*civis*) *de la cité* où le magistrat est établi (1) ; — 2° soit parce qu'on est *domicilié* dans le territoire sur lequel ce magistrat exerce son pouvoir (2) ; — 3° soit enfin parce qu'on s'est soumis *volontairement*, ex-

---

rei paraît fort ancienne; peut-être doit-on en chercher la première origine dans l'institution d'un préteur spécial pour les étrangers, en admettant, ce qui paraît vraisemblable, que le défendeur romain dût être cité devant le préteur urbain, et le défendeur étranger devant le préteur pérégrin. En tous cas, on fit application de cette règle, aux rapports entre citoyens et provinciaux, dès la constitution de la première province romaine, la Sicile : *Quod civis romanus a siculo petit, siculus judex datur; quod siculus a cive romano, civis romanus datur* (Cicero, *Verr.*, II, 13) Les Siciliens ne pouvaient être contraints d'accepter jugement hors de la province ... *Ne extra suum forum vadimonium promittere cogantur* (Cicero, *Verr.*, III, 15). — Au reste, le principe *actor sequitur forum rei* devait naturellement prévaloir dans un État où les magistrats locaux et provinciaux n'avaient qu'une autorité bornée aux choses et aux personnes appartenant à la localité ou à la province : si je veux vous contraindre à faire quelque chose, à qui puis-je m'adresser, sinon à celui qui a autorité sur vous!

(1) Gaius., L. 29, ff., *ad Municip.*

(2) Callistratus, L. 37, pr., ff., *ad Municip.* — Ulpian., L. 190, ff., *de V. S.*; L. 1, § 2, ff., *de Tut. et curat.* — Paul., L. 3, ff., *de Offic. præs.* — Ulpian., L. 29, § 4, ff., *de Inoff.*

pressément ou tacitement, à la juridiction d'un magistrat, qui, sans ce consentement, eût été incompétent (1).

§ 131. — I. Compétence en raison de la patrie ou de l'origine.

Sous le rapport qui nous occupe en ce moment, le Romain pouvait avoir deux patries: — 1° *Rome*, la patrie commune de tous les citoyens; — 2° la ville municipale dans laquelle un romain jouissait des droits de bourgeoisie, ou bien encore la province à laquelle il appartenait par sa naissance.

En général, tout citoyen, quel que fût d'ailleurs son domicile, pouvait être cité devant les tribunaux de Rome. Toutefois, il fallait qu'il y fût présent, ou qu'il y possédât des biens, pour que la sentence pût y être mise à exécution. — Il y avait certaines personnes qui jouissaient du privilége de ne pouvoir être jugées que dans leur patrie particulière: c'était là le *jus revocandi domum* (2).

On était citoyen d'une ville municipale (*civis. municeps*) par naissance, par affranchissement, par adoption, ou par un choix volontaire: « *Cives* qui-

---

testam. — Valer. et Gall., L. 2, C., *de Interd.* — Diocl. et Max., L. 2, C., *Ubi et apud quem cognit.*

(1) Ulpian., L. 1 et 2, ff., *de Judic.*

(2) Ulpian., L. 2, § 2, 3, 4 et 5; — Gaius, L. 8; — Paul., L. 28, § 1, 2, 3 et 4; — Papin., L. 39, § 1, ff., *de Judic.* — Ulpian., L. 28, § 4, ff., *Ex quib. caus. maj.* — Paul., L. 23, § 9, ff., *de Recept.* — Ulpian., L. 5, § 1, ff., *de Const. pecun.* — African., L. 3, ff., *de Legationib.*

« dem *origo*, *manumissio*, *allectio*, vel *adoptio* fa-« cit (1). »

A l'exception des cités privilégiées qui jouissaient du *jus italicum*, les habitants des provinces ne formaient point des agrégations municipales; et, dès lors, la province ne constituait point, comme le municipe, une patrie proprement dite. (*Voy.* § 51.) Le gouverneur de la province avait juridiction, non-seulement sur tous les citoyens *originaires* de la province, mais aussi sur tous les *domiciliés*, et même sur les personnes étrangères à la province, quand elles y avaient commis quelque attentat grave (2).

§ 132. — II. Compétence à raison du domicile.

Le domicile est le lieu où quelqu'un a son principal établissement : « *Ubi quis larem, rerumque* « *ac fortunarum suarum summam constituit*, unde rur-« sus non sit discessurus si nihil avocet; unde cum « profectus est, peregrinari videtur ; quod si rediit, « peregrinari jam destitit (3). » — Il ne faut pas confondre le citoyen d'une ville (*civis*), avec le domicilié (*incola*) : on peut être citoyen d'une ville, et être domicilié dans une autre; on est alors soumis à une triple juridiction : on peut être cité devant les

(1) Diocl. et Max., L. 7, C., *de Incolis.*

(2) Paul., L. 3, ff., *de Offic. præs.*

(3) Diocl. et Max., L. 7, C., *de Incolis.* — Julian., L. 27, § 1; — Papin., L. 17, § 11; — Hermogen., L. 23; — Modest., L. 35, ff., *ad Municip.* — Pompon., L. 239, § 2, ff., *de Verb. signif.*

magistrats, soit de la patrie commune (*Rome*), soit de la patrie spéciale (la *cité municipale* à laquelle on appartient comme *civis*), soit enfin devant le magistrat du lieu où on est domicilié (*forum domicilii. incola*) (1).

§ 133. — III. Compétence résultant de la volonté de celui qui s'y soumet.

Nous avons déjà traité ce point en parlant de la prorogation de juridiction (*voy.* ci-dessus, § 36): « Si se objiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio (2). »

Au surplus, il est évident que les parties peuvent, d'un commun accord, détruire la prorogation de juridiction; chacune d'elles a le même pouvoir si la prorogation ne repose que sur un simple *pacte*, pourvu qu'elle se rétracte avant la *litis contestatio* (3): « Si convenerit, ut alius prætor, quam cujus jurisdictio esset, jus diceret; et priusquam adiretur, *mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare* (4). »

---

(1) Gaius, L. 29, ff., *ad Municipal.*

(2) Ulpian., L. 1, ff., *de Judic.* Cf., L. 2, § 1;—Marcian., L. 51, ff., *eod. tit.*

(3) Marcell., L. 30; — Ulpian., L. 52, ff., *de Judic.*

(4) Afric., L. 18, ff., *de Jurisd.*— Cf. Justin., L. 29, C., *de Pactis.*

Celui qui, étant cité devant un tribunal incompétent, n'en décline pas la juridiction *in principio litis*, est réputé vouloir s'y soumettre : c'est la prorogation tacite (1). — Toutefois la simple comparution du défendeur devant le magistrat incompétent n'entraîne pas reconnaissance de sa juridiction; car on est tenu de se présenter même devant les magistrats incompétents pour y déduire les motifs d'un déclinatoire dont ils sont seuls juges (2).

§ 134. — De quelques circonstances où les règles générales de compétence se trouvent modifiées (*fora specialia*).

Les règles générales de compétence que nous venons d'exposer reçoivent exception dans plusieurs circonstances qu'il faut maintenant faire connaître.

I. *Forum contractus.* — Le défendeur peut être cité devant le tribunal du lieu où le contrat a été consenti, ou devant le tribunal du lieu fixé pour l'exécution de la convention (3).

Le magistrat du lieu où le contrat a été passé est compétent pour connaître des procès auxquels peut donner lieu ce contrat : « Si merces vendidit

(1) Marcell., L. 30, ff., *de Judic.*

(2) Paul., L. 2, ff., *Si quis in jus vocat. non erit.* — Ulpian., L. 5, ff., *de Judic.*

(3) Nous avons aussi chez nous le *forum contractus* en matière de commerce (*C. de procéd.*, art. 420); mais non en matière civile. (*C. de procéd.*, art. 59.)

« certo loci, vel disposuit, vel comparavit, videtur, « *nisi alio loci ut defenderet convenit,* ibidem se defen- « dere (1). » Et peu importe que le débiteur se trouve obligé par son fait ou par celui des personnes qu'il a sous sa puissance (2). — Le même principe s'applique aux quasi-contrats, et notamment à la tutelle et à la gestion d'affaires (3).

La clause par laquelle les parties fixent un lieu pour l'exécution du contrat est considérée comme emportant implicitement attribution de juridiction au magistrat du lieu convenu; sans toutefois détruire la compétence du juge du domicile ou de l'origine, au moins quand il ne s'agit pas d'une *condictio certi* : « Illud sciendum est, eum, qui ita « fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia « habuit domicilium, *utrobique posse conveniri*, *et* « *hic et ibi* : et ita et Juliano et multis aliis videtur (4). « — ... Ubi quisque contraxerit. Contractum autem « non utique eo loco intelligitur, quo negotium « gestum sit, sed quo solvenda est pecunia (5). « — Contraxisse unusquisque in eo loco intelligi- « tur, in quo ut solveret, se obligavit (6). »

Quand l'action à intenter est une *condictio certi,* la convention a des effets plus énergiques et plus

(1) Ulpian., L. 19, § 2, ff., *de Judic.* — Il y a exception pour les conventions dotales. (Ulpian., L. 65, *eod. tit.*)
(2) Ulpian., L. 19, § 3, ff., *de Judic.*
(3) Ulpian., L. 19, § 1;—Callistr., L. 36, § 1, ff., *de Judic.*
(4) Ulpian., L. 19, § 4, ff., *de Judic.*
(5) Gaius, L. 3, ff., *de Reb. auct. jud.*
(6) Julian., L. 21, ff., *de Obligat. et action.*

complets ; car le défendeur serait inutilement assigné partout ailleurs qu'au lieu indiqué pour le payement(1). Toutefois, comme il pourrait y avoir des inconvénients ou des obstacles à ce que le créancier poursuivît son débiteur au lieu fixé pour l'exécution, on imagina de remplacer la *condictio certi* par une action arbitraire, dite *de eo quod certo loco,* et qui permet de réclamer en un lieu la dette qui, d'après la convention, devait être payée dans un autre (2).

II. *Forum maleficii.* — Les règles ordinaires souffrent encore exception en matière de délits car le délinquant peut être cité devant le magistrat dans le ressort duquel le délit a été commis, ou dans le ressort duquel le délinquant est trouvé (3).

En matière possessoire, l'auteur des actes de violence peut être cité devant le juge du lieu où les actes de violence ont été commis (4).

III. *Forum reconventionis.* — Si, pendant qu'un procès est pendant, le défendeur dirige contre le demandeur une demande reconventionnelle, le magistrat saisi du premier procès est compétent pour connaître de la demande reconventionnelle, alors même que, sans cette circonstance, il se trouverait incompétent : « Qui non cogitur in aliquo

(1) Gaius, L. 1, ff., *de Eo quod certo loco.*

(2) Pour la *condictio certi*, voyez livre III, chap. I, *cinquième division.*— Pour l'action *de eo quod certo loco*, voyez livre III, chap. I, *neuvième division.*

(3) Sever. et Anton., L. 1, C., *Ubi de crimin.*

(4) Valent. et Valens., L. unic., C., *Ubi de possess.*

« loco judicium pati, si ipse ibi agat, *cogitur acci-*
« *pere actiones, et ad eumdem judicem mitti* (1). »

Telle est, du moins, l'opinion commune; mais elle est combattue avec beaucoup de force par Zimmern. Cet auteur soutient qu'on interprète mal les textes sur lesquels se fonde cette opinion. La L. 22, *de Judiciis* lui paraît se référer uniquement à la perte du *jus revocandi domum*. La L. 1, § 15, *de Extr. cogn.* ne prouve rien; car le président n'est point incompétent, et il s'agit seulement de modifier la forme du *judicium*. Enfin, dans la loi 11, § 1, *de Jurisd.*, il s'agit d'un magistrat compétent seulement jusqu'à une certaine somme, et dont le défendeur cherche à éluder la compétence en formant une demande reconventionnelle, dont le chiffre, réuni à celui de la demande principale, excède la compétence de ce magistrat (2).

A l'appui de son système, Zimmern invoque plusieurs textes d'où il prétend faire résulter que, dans les principes de l'ancien droit, la reconvention ne rendait pas compétent le magistrat qui ne l'aurait pas été en raison du domicile ou de la patrie du demandeur; que seulement, quand il y avait des créances connexes, et que, d'ailleurs, le magistrat était compétent pour le demandeur, c'était le cas de renvoyer la demande reconven-

---

(1) Paul., L. 22, ff., *de Judic.* — Ulpian., L. 1, § 15, ff., *de Extraord. cognit.* — Gaius, L. 11, § 1, ff., *de Jurisd.* — *Voyez* loi du 11 avril 1838, art. 2.

(2) Zimmern, § 100, note 5.

tionnelle devant le juge déjà saisi de la demande principale, afin de terminer le tout par une seule et même sentence (1).

Quoi qu'il en soit, il est au moins incontestable que Justinien admit d'une manière générale le *forum reconventionis* (2).

IV. *Forum à raison de la connexité des affaires.* — Si, dans un procès criminel, il s'élevait un incident civil, le juge criminel pouvait statuer sur l'incident (3). Réciproquement, dans une affaire civile, le juge peut statuer de *calumnia* (4). Enfin, dans les affaires connexes, on renvoyait les parties devant un même juge (5).

Mais résulte-t-il de tout cela que le magistrat compétent pour une affaire le devint pour toutes les affaires connexes à la première? Cela est fort douteux, surtout pour l'ancien droit.

V. *Forum en matière de succession.* — L'héritier doit être assigné au tribunal devant lequel le défunt lui-même aurait dû comparaître (6), ou dans

---

(1) Papinian., L. 18, ff., *de Compens.* — Marcell., L. 38, ff., *Mand.* — Macer., L. 1, § ult., ff., *quæ sent. sine appell.* — Zeno, L. 5, C., *de Fruct.* et *Lit. exp.* — Justin., L. 14, C., *de Sent.*

(2) Justin., L. 14, C., *de Sentent. et interl.*

(3) Paul., L. 4, § 4, ff., *Fin. regund.* — Alexand., L. 1, C., *de Offic. rect. prov.*

(4) Paul., L. 39, § 1, ff., *de Lib. caus.*

(5) Quint., *Inst. orat.*, III, 10. — Ulpian., L. 1, § 4, ff., *Quod legat.*

(6) Ulpian., L. 19, pr., ff., *de Judic.*

le ressort duquel se trouve la plus grande partie de l'hérédité (1).

§ 135. — Principes nouveaux de compétence sous les empereurs chrétiens.

Les principes que nous venons d'exposer furent modifiés, en plusieurs points, par les empereurs chrétiens.

I. *Forum rei sitæ.* — De toutes ces modifications, la plus importante est celle qui attribue au *juge de la situation* la connaissance des actions *in rem.*

Déjà, dans l'ancien droit, on citait le défendeur devant le juge de la situation, quand il s'agissait de questions possessoires (2); mais, pour les véritables actions *in rem*, on suivait sans distinction la règle *actor sequitur forum rei.* — Et cela est vrai, même pour le temps de Dioclétien, époque à laquelle on ne connaissait certainement pas encore le principe qui attribue compétence, pour les actions réelles, au juge de la situation (3). Voici vraisemblablement comment on fut conduit à cette règle, d'ailleurs fort raisonnable.

Quand celui qui possédait pour autrui, par exemple un fermier, était attaqué par une *in rem actio,* le

(1) Valer. et Gall., L. unic., C., *Ubi de hæred.* — Ulpian., L. 50, pr. et § 1, ff., *de Judic.*

(2) Paul., L. 12, § 1, ff., *de Reb. auct. jud.* — Valer. et Gall., L. unic., C., *Ubi de hæred.*

(3) *Vatic. fragm.*, § 326. — Gaius, L. 1, § 1; L. 3, ff., *de Alien. jud. mut. caus.* — *Voyez* cependant Licin. Ruf., L. 38, ff., *de Jud.*

véritable possesseur avait *intérêt* à intervenir dans l'instance (1), mais il n'y était point tenu : Constantin lui en fit un *devoir*. D'après la constitution de cet empereur, celui qui possède pour autrui doit, dès qu'il est actionné, nommer celui au nom duquel il possède; et celui-ci, quelque part qu'il soit domicilié, est tenu de comparaître, dans un délai qui est fixé par le juge, et de prendre fait et cause pour le détenteur. S'il ne comparaît pas dans le délai fixé, il est réputé contumace; et le demandeur est mis en possession de l'objet litigieux, ce qui rejette sur le défaillant l'obligation d'attaquer et de prouver (2).

De cette constitution à la règle nouvelle, il n'y avait qu'un pas; puisque, pour y arriver, il suffisait de généraliser le principe établi par Constantin pour un cas spécial : c'est ce que firent les empereurs Valentinien, Théodose et Arcade, dans une constitution ainsi conçue : « Actor rei forum, « sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. « Sed *et in locis*, *in quibus res*, *propter quas contenditur*, *constitutæ sunt*, jubemus *in rem actionem* « *adversus possidentem moveri* (3). »

Au surplus, bien que l'expression *in rem* soit générale, il ne paraît pas que la règle nouvelle ait été appliquée à d'autres actions réelles qu'à la re-

(1) Paul., L. 48, ff., *de Judic.* — Diocl. et Max., L. 1, C., *Ubi in rem actio.*

(2) Constantin., L. 2, C., *Ubi in rem actio.*

(3) Valent., Theod. et Arcad., L. 3, C., *Ubi in rem actio.*

vendication. Il est au moins positif qu'elle ne le fut pas à la *petitio hereditatis*, qui dut, comme auparavant, être portée au tribunal du domicile (1).

II. Cet état de choses dura jusqu'à Justinien. Dans la Novelle 69, ce prince s'efforça de ramener toutes les règles de compétence à ce principe unique, que chacun *est tenu de comparaître devant le tribunal du lieu où il s'est obligé*, c'est-à-dire là où le *contrat* a été consenti, là où le *délit* a été commis, là où, par une *injuste détention*, le défendeur a donné lieu à une action réelle, qui se dirige contre le possesseur, en cette seule qualité, ou à une action personnelle ayant, sous quelques rapports, les caractères de l'action réelle, comme l'action *finium regundorum*.

---

(1) Ulpian., L. 29, § 4, ff., *de Inoff. testam.* — Valer. et Gall., L. unic., C., *ubi de Hered. agat.*

LIVRE DEUXIÈME.

DE LA PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX CIVILS ROMAINS.

§ 136. — Division du sujet.

Ce deuxième livre sera naturellement divisé en trois chapitres : dans le premier, nous traiterons de la procédure ancienne des actions de la loi; dans le second, de la procédure formulaire; dans le troisième, des jugements extraordinaires. (*Voy.* § 13 et suiv.)

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PROCÉDURE DES ACTIONS DE LA LOI.

§ 137. — Caractères généraux des actions de la loi. — Leur nombre. — Leur origine.

Ainsi que nous l'avons indiqué dans le § 14, les actions de la loi étaient certaines formalités composées de gestes et de paroles déterminées avec une précision si rigoureuse, que la moindre erreur entraînait la perte du procès. Gaius rapporte, à ce sujet, l'anecdote suivante. Un homme, dont les vignes avaient été coupées, intenta une action con-

tre l'auteur du dégât; mais, au lieu d'employer l'expression générique *arbores*, dont s'était servie la loi des XII Tables, il crut sans doute bien faire en se servant du mot *vites*, puisque c'était de vignes qu'il s'agissait dans l'espèce : mal lui en prit; car il perdit son procès (1).

Nous ne connaissons pas avec exactitude l'étymologie de l'expression *legis actiones*. Ces actions étaient-elles ainsi appelées parce qu'elles avaient toutes été établies par des lois, à une époque où les édits prétoriens, qui en créèrent tant d'autres dans la suite, n'étaient point encore en vigueur?... ou bien parce que, reproduisant les termes mêmes dont les lois s'étaient servies, elles étaient immuables comme les lois elles-mêmes?... Dès le temps de Gaius, on ignorait laquelle de ces deux explications devait obtenir la préférence.

Quoi qu'il en soit, il est constant qu'il n'y avait que cinq actions de la loi : 1° l'*actio sacramenti*, 2° la *judicis postulatio*, 3° la *condictio*, 4° la *manus injectio*, et 5° la *pignoris capio* : encore n'avaient-elles pas existé toutes dans l'origine. La *condictio* est d'une date plus récente que les autres; car elle fut établie, pour la première fois, par les lois *Silia* et *Calpurnia*. D'autres, comme la *manus injectio*, reçurent, par des lois postérieures, une extension qu'elles n'avaient pas eue d'abord.

Les *legis actiones* ne sont pas des actions spé-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 11 et 30.

ciales dans le sens que ce mot obtint dans la suite, c'est-à-dire des réclamations de tels ou tels droits: elles sont bien plutôt des formes pour procéder en justice. — Les trois premières se rapportent à la procédure judiciaire proprement dite; car elles tendent à obtenir une décision. Les deux dernières sont plutôt des moyens d'exécution; et, en conséquence, elles appartiennent plutôt à la procédure extra-judiciaire.

Après ces notions préliminaires, il nous reste à examiner quelle était la marche générale des procès dans le système des actions de la loi; nous terminerons le chapitre par l'examen de chaque action de la loi en particulier.

SECTION I.

Marche de la procédure au temps des legis actiones.

§ 138. — I. Ajournement (*in jus vocatio*). (*Voy.* § 191.)

Toute demande en justice commence nécessairement par l'acte qui a pour objet d'amener le défendeur en présence du magistrat. Cet acte, qui, chez nous, est appelé *ajournement*, *assignation* ou *citation*, et qui exige le ministère d'un officier public, se nommait, chez les Romains, *in jus vocatio*, et n'était qu'un acte privé.

La *vocatio in jus* nous offre une peinture naïve

de la simplicité et de la rudesse des anciens Romains. Le demandeur sommait son adversaire de le suivre *in jus*, c'est-à-dire devant le magistrat ; il employait pour cela des expressions consacrées par l'usage, et qui nous ont été conservées par les classiques : *In jus veni, in jus sequere, in jus eamus, in jus te voco.* Si le défendeur refusait d'obéir, on pouvait l'entraîner de vive force, *obtorto collo* (1). Il était interdit à la personne citée de résister (*manum sibi depellere*), et, à ses amis ou parents, de la délivrer des mains du demandeur (2).

En cas de résistance, le demandeur prend des témoins, *antestatur,* en leur touchant l'oreille (siége de la mémoire, d'après les idées des anciens), et en prononçant ces paroles sacramentelles : *licet antestari* (3).

A côté de cette rudesse de formes, nous trouvons cependant des principes plus doux, qui en tempèrent la rigueur. Ainsi, le domicile du citoyen est un asile inviolable ; le demandeur ne peut y aller chercher le défendeur pour le citer *in jus* : *Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium ac re-*

(1) Plaut., *Curcul.,* V, 2, vers. 23; *Persa,* IV, 9, vers. 8 et suiv.; *Rudens,* III, 6, vers. 15, 30, 32 et 51; Pœnul., III, 5, vers. 45.

(2) *Voyez* au Dig. les titres : *Si in jus vocatus non ierit,* lib. II, tit. 5 ; et *ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat,* lib. II, tit. 7.

(3) Plaut., *Curcul., loc. cit.* — Horat., *Satyr.* IX, vers. 74 et suiv. — Plin., *Hist. nat.,* XI, 103.

ceptaculum sit, eumque qui inde in jus vocaret vim inferre videri (1). — Si le défendeur est infirme, le demandeur doit lui fournir des moyens de transport (2). — Enfin, le défendeur peut se dispenser de suivre le demandeur en donnant un *vindex*, c'est-à-dire en présentant une personne qui promette de prendre la défense de la partie citée, et de se présenter à sa place (3).

Toutes ces formes avaient été réglées par la loi des XII Tables; et nous savons, par Cicéron, que la première disposition de cette loi, que les enfants apprenaient par cœur dans les écoles, commençait par ces mots: SI IN JUS VOCAT... (4). Dans un autre endroit, le même auteur nous transmet en ces termes le texte des XII Tables : SI IN JUS VOCAT; NI IT, ANTESTATOR; IGITUR EM CAPITO; SI CALVITUR, PEDEMVE STRUIT, MANUM ENDO JACITO; SI MORBUS ÆVITASVE VITIUM ESCIT, QUI IN JUS VOCABIT, JUMENTUM DATO; SI NOLET, ARCERAM NE STERNITO (5).

---

(1) Gaius, L. 18, ff., *de In jus voc.*

(2) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XX, 1.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 46; L. 22, § 1, ff., *de In jus voc.* — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XVI, 10 : «Si recte commemini, «ita scriptum est : ASSIDUO VINDEX ASSIDUUS ESTO; PROLETARIO «CIVI QUIVIS VOLET VINDEX ESTO. — Festus, V° *Vindex* : «Vin-«dex ab eo quod vindicat quominus is qui prensus est ab «aliquo teneatur.»

(4) Cicero, *de Legib.*, II, 4.

(5) Cicero, *de Legib.*, II, 4. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XX, 1. — Festus, V° *Struere* et *pedem struit.* — Porphyr., *ad Horat. sat.* I, 9, v. 65. — Lucil., *Sat.*, lib. XVII, apud Nonium Marcellum, *de Propr. serm.*, cap. 1, § 20, V° *Calvitur.* —

§ 139. — II. *Vadimonium.* (*Voy.* § 194.)

Arrivées devant le magistrat, les parties y remplissaient les formalités particulières à chaque action de la loi, formalités que nous expliquerons tout à l'heure en détail. La discussion venait ensuite, mais cette discussion n'avait pas toujours le même caractère. Quand il n'y avait pas lieu à renvoyer devant un juge, elle portait sur toutes les parties du procès, aussi bien sur les questions de fait que sur les questions de droit. Dans les cas, au contraire, où l'affaire devait être portée devant un juré, la discussion avait seulement pour but de bien préciser la question que faisait naître le procès, et de fixer les principes d'après lesquels l'affaire serait plus tard traitée devant le juré.

Mais, dans quels cas ce renvoi avait-il lieu? Était-il facultatif au magistrat de l'ordonner, ou de retenir l'affaire devant son tribunal?... Il est impossible, dans l'état des documents que nous possédons, de répondre à ces questions d'une manière précise et complète : tout ce que nous savons, c'est que le renvoi au juge avait eu lieu dès l'origine dans les deux actions *per judicis postulationem* et *per condictionem*. Quant à l'action *sacramenti*, ce renvoi n'est bien prouvé que pour l'époque pos-

Auctor., *Rhet. ad Herenn.*, II, 13. — Varro, apud Nonium Marcellum, *de Proprietate serm.*, I, § 270; *de Lingua lat.*, IV, 31. — Gaius, L. 233 pr., ff., *de Verb. signif.*

térieure à la loi *Pinaria* : il y a, en effet, dans le texte de Gaius, une lacune qui laisse indécise la question de savoir si cette loi eut pour effet d'appliquer à l'action *sacramenti* le jugement par jurés; ou si, au contraire, elle régla seulement le délai après lequel les parties pourraient obtenir un juge (1).

La discussion terminée, les parties demandaient un juge, mais elles ne l'obtenaient pas sur-le-champ. Elles devaient revenir après un délai de trente jours; et c'est alors seulement que le préteur nommait le juré, en observant les règles que nous avons retracées plus haut (2).

Quand, devant le préteur, l'affaire ne pouvait se terminer le jour même de la comparution, les parties se promettaient réciproquement de se représenter à jour fixe : cette promesse était connue sous le nom de *vadimonium*. On appelait *vades* les personnes qui se portaient caution de l'exécution du *vadimonium* (3).

§ 140. — III. *Comperendinatio.* (*Voy.* § 222.)

Aussitôt après la nomination du juge, les parties s'ajournaient à comparaître devant lui, le troi-

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 15.

(2) *Voyez* § 77 et suiv.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 184.—Varro, *Ling. latin.*, V, 7.—Acron. Horat., *Satyr.*, I, 1, v. 11.

sième jour : *Comperendinum diem denuntiabant* (1). L'affaire était dite alors *res comperendinata* (2).

Cette comparution était-elle assurée au moyen d'un *vadimonium* analogue à celui dont nous venons de parler ? — Quelques auteurs le pensent ainsi, sur la foi d'un passage de Macrobe (3) ; et rien, en effet, de plus naturel que de supposer qu'on avait appelé du même nom deux actes dont le but était le même. — Mais, d'après l'opinion de la plupart des interprètes, l'unique but du *vadimonium* aurait été d'assurer la comparution devant le magistrat. Outre que Gaius ne parle du *vadimonium* qu'à l'occasion de la comparution *in jure*, on fait remarquer qu'une fois l'instance liée devant le magistrat (*lite contestata*), le défendeur avait, aussi bien que le demandeur, intérêt à comparaître devant le juge, et qu'ainsi il n'est pas probable qu'on exigeât de lui aucune garantie pour assurer sa comparution. (*Voy.* § 221).

Quoi qu'il en soit, il est certain que la loi des XII Tables avait prévu et réglé les causes d'excuse qui pouvaient dispenser les parties de se trouver

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 15.

(2) Festus, V° *Res. comperendinata.* — Ascon., *in Verr.*, I, 9. — Senec., *Epist.* XCVII. — Plin., *Epist.* VI, 2. — Aul. Gell., *Noct. att.*, XIV, 2. — Tacit., *Dialog. de Oratorib.*, 38.

(3) Macrob., *Saturn.*, I, 16 : « Comperendini (dies) quibus vadimonium licet dicere. » C'est de ce rapprochement entre la *comperendinatio* et le *vadimonium* qu'on a voulu conclure qu'il y avait *vadimonium* à la suite de la *comperendinatio*. Cf. Varro, *Ling. latin.*, V, 7.

devant le juré au jour indiqué : certaines de ces causes concernaient le juré, d'autres se rapportaient aux parties elles-mêmes (1).

§ 141. — IV. *Litis contestatio.* (*Voy.* § 202.)

La discussion, qui avait lieu devant le magistrat, avait toujours une grande importance, puisqu'elle déterminait le mode d'après lequel le litige serait plus tard conduit devant le juré. Aussi, comme, dans les temps primitifs, les magistrats n'étaient pas dans l'usage de constater par écrit ce qui s'était passé devant leur tribunal, les parties avaient la précaution de prendre des témoins qui pussent au besoin en fournir la preuve orale : *Contestari litem*, dit Festus, *dicuntur duo aut plures quod, ordinato judicio, utraque pars dicere solet :* TESTES ESTOTE (2).

On ne peut savoir si la *litis contestatio* avait lieu avant la demande du juge, ou depuis sa nomination, ou même seulement après la *comperendinatio.* Mais il est vraisemblable que, dans l'origine, cette formalité n'avait pas tous les effets si remarquables qu'elle produisit plus tard dans le système de la procédure formulaire, et dont nous parlerons bientôt en traitant de cette procédure.

---

(1) Festus, V° *Reus* et V° *Sonticum morbum.*—Aul. Gell., *Noct. attic.*, XX, 1. — Ulpian., L. 2, § 3, ff., *Si quis caut. in judic.* — Julian., L. 60, ff. *de Re judic.*

(2) Festus, V° *Contestari.*— Cicero, *Epist. ad Att.*, XVI, 15. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, V, 10.

§ 142. — V. Instance devant le juge. (*Voy.* § 222.)

Quelle que soit l'opinion à laquelle on s'arrête sur la nature, l'époque et les effets de la *litis contestatio*, dans le système de procédure des actions de la loi, toujours est-il positif que les parties ne comparaissaient point devant le juge sans avoir préalablement accompli cette formalité.

Quant à l'instance qui s'engageait alors, nous savons, par Gaius, que les parties commençaient par présenter un résumé de l'affaire (*causæ conjectio*, ou *collectio*) (1), à peu près comme, dans nos tribunaux, chaque partie donne lecture de ses conclusions; puis venaient les plaidoiries proprement dites, et enfin la sentence du juge.

La loi des XII Tables avait déterminé le lieu, le temps et la durée des débats judiciaires: REM UBI PAGUNT, ORATO; NI PAGUNT, IN COMITIO AUT IN FORO ANTE MERIDIEM CAUSAM CONJICIUNTO (alii CONSCITO), QUAM PERORANT AMBO PRÆSENTES; POST MERIDIEM PRÆSENTI STLITEM ADDICITO; SOL OCCASUS SUPREMA TEMPESTAS ESTO (2). Ainsi, quand le procès ne pouvait se terminer le même jour, le coucher du soleil interrompait la procédure.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 15.

(2) Cicero, *ad Herenn.*, II, 13. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XVII, 2. — Ce passage des XII Tables, que nous rapportons ici à la procédure devant le *judex*, réglait vraisemblablement aussi la procédure devant le magistrat.

SECTION II.

Des actions de la loi considérées chacune en particulier.

I. *ACTIO SACRAMENTI.*

§ 143. — Du *sacramentum* en général.

Dans les premiers temps de Rome, chacun des plaideurs devait, avant tout, déposer entre les mains du pontife une certaine somme d'argent. Cette somme était désignée sous le nom de *sacramentum*, parce que l'argent consigné par la partie perdante était confisqué et employé aux besoins du culte, *ad sacra publica* (1). Ainsi, au danger de

---

(1) Festus, V° *Sacramentum :* «Sacramentum, æs significat, quod pœnæ nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contenditur. Id in aliis rebus quinquaginta «assium est, in aliis rebus quingentorum inter eos, qui judicio inter se contenderent. Qua de re lege L. Papiri Tr. «pl. sanctum est his verbis : *Quicunque prætor post hoc factus erit, qui inter cives jus dicet, tres viros capitales populum rogato, hique tres viri capitales quicumque posthac facti erunt, sacramenta exigunto, judicantoque, eodemque jure sunto, uti ex legibus, plebeique scitis exigere, judicareque esse, esseque oportet.* Sacramenti autem nomine id æs dici «cœptum est, quod et propter ærarii inopiam, et sacrorum «publicorum multitudinem, consumebatur id in rebus di«vinis.»

Varro, *de Ling. lat.*, IV, 36 : «Ea pecunia quæ in judicium

perdre le procès lui-même, venait s'ajouter celui de perdre le *sacramentum :* le *sacramentum* était donc une peine contre les plaideurs téméraires ou de mauvaise foi. Notre procédure française nous offre des consignations et des confiscations analogues dans l'appel, la requête civile, le pourvoi en cassation, etc., avec cette différence que, chez les Romains, les deux parties étaient soumises à la même règle, tandis que chez nous le demandeur seul est tenu de consigner.

Dans la suite, au lieu d'une consignation réelle, les parties purent donner de simples garanties : *prædesque eo nomine prætori dabantur* (1). Mais la destination du *sacramentum* était encore la même; et la somme déposée par le perdant profitait, non pas au plaideur qui gagnait son procès, mais au trésor public.

Le montant du *sacramentum* avait été fixé par la loi des XII Tables, et variait suivant la nature et l'importance des affaires. Il était de cinq cents as, quand la valeur du litige était de mille as et au-dessus; de cinquante as seulement, quand la valeur était inférieure, ou quand il s'agissait de liberté (2).

« venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui « inficiebatur, de aliis rebus utrique quingenos æris ad « pontificem deponebant; de aliis rebus item certo alio legi- « timo numero assium. Qui judicio vicerat, suum sacramen- « tum a sacro auferebat, victi ad ærarium redibat. »

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 13. — Tit. Liv., III, 46. — Festus, V° *Præs.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 14.

§ 144. — Nature de l'*actio sacramenti.*

L'*actio sacramenti* était générale : elle s'appliquait à toutes les affaires soit réelles, soit personnelles, et, en général, à toutes les causes pour lesquelles la loi n'avait pas tracé de marche particulière (1).

§ 145. — De l'*actio sacramenti* dans les procès relatifs à une obligation.

La partie du manuscrit de Gaius dans laquelle cet auteur traitait de l'*actio sacramenti* appliquée aux procès relatifs à une obligation, s'est trouvée tout à fait illisible; mais le texte en a été rétabli, avec autant de bonheur que de vraisemblance, par M. Heffter, de la manière suivante. Les parties présentes devant le magistrat, le demandeur disait au défendeur : QUANDO IN JURE TE CONSPICIO, POSTULO AN FIAS AUCTOR, QUA DE RE MECUM NEXUM FECISTI ? — Le défendeur répondant négativement, le demandeur continuait : QUANDO NEGAS SACRAMENTO QUINGENARIO TE PROVOCO, SI PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIEM. — A cette provocation, le défendeur répondait : QUANDO AIS NEQUE NEGAS ME NEXUM FECISSE TECUM, QUA DE RE AGITUR, SIMILITER EGO TE SACRA-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 13 : «Sacramenti actio generalis «erat : de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cau«tum non erat, de his sacramento agebatur.»

MENTO QUINGENARIO PROVOCO, SI PROPTER ME FIDEMVE MEAM CAPTUS FRAUDATUSVE NON SIES.

Après ces provocations réciproques, les parties demandaient un juge; mais, comme nous l'avons vu plus haut, elles ne l'obtenaient qu'après un délai de trente jours.

Suivant que le juge décidait pour ou contre le demandeur, le *sacramentum* était déclaré *justum* ou *injustum*. Dans le premier cas, le demandeur reprenait la somme par lui consignée, et gagnait son procès; dans le second, le demandeur perdait et le montant de son *sacramentum* et son procès : de là les expressions que l'on rencontre dans les classiques, et notamment dans Cicéron : *Justo sacramento contendere... sacramentum justum judicare... injustis sacramentis petere* (1).

§ 146. — De l'*actio sacramenti* dans les procès relatifs à la propriété.

Les Romains considéraient la conquête comme le titre le plus légitime de la propriété : *Maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent*, dit Gaius (2). Aussi la procédure par laquelle deux particuliers se disputent la propriété d'une chose, offre-t-elle l'image d'un combat (*manuum consertio*). Il faut, à cet égard, distinguer les meubles des immeubles.

(1) Cicero, *pro Cæcin.*, 33; *pro Domo*, 29; *de Orat.*, I, 10; *pro Milone*, 27.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 16. — *Voy.* ci-dessus, § 86.

§ 147. Continuation. — *Actio sacramenti* dans les procès relatifs à la propriété des meubles.

Le meuble litigieux était apporté devant le magistrat (*in jure*). Le demandeur, tenant d'une main une baguette que l'on nomme *festuca* ou *vindicta*, et qui n'est autre chose que le simulacre de la lance, appréhendait la chose de l'autre main, et prononçait les paroles suivantes : HUNC EGO HOMINEM (un esclave) EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO, SECUNDUM SUAM CAUSAM : SICUT DIXI, ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI ; et en même temps il touchait l'objet revendiqué de sa baguette. Le défendeur en faisait autant de son côté. — Ensuite les deux adversaires simulaient le combat, *manum conserebant*. — Le préteur leur disait alors : MITTITE AMBO HOMINEM ; les deux parties obéissaient, elles lâchaient toutes deux la chose. — Celui qui avait revendiqué le premier, s'adressant alors à l'autre partie, disait : POSTULO ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS ? A quoi l'adversaire répondait : JUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI.

On passait ensuite à la constitution du *sacramentum*, ce qui se faisait de la manière suivante : celui qui avait revendiqué le premier disait : QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI, D ÆRIS SACRAMENTO TE PROVOCO. A cela l'adversaire répliquait : SIMILITER EGO TE.

Enfin, le préteur adjugeait la possession provisoire à l'un des deux plaideurs : *vindicias dicebat*

secundum alterum (1); et le procès continuait, comme pour les procès relatifs à une obligation. (*Voy.* ci-dessus, § 145, *in fine.*)

§ 148. Continuation. — *Actio sacramenti* dans les procès relatifs à la propriété des immeubles.

Quant aux immeubles, et aux autres choses qu'on n'aurait pu amener ou transporter devant le tribunal, il y avait une formalité de plus, la *deductio;* mais, à cet égard, il y a plusieurs époques à considérer.

Dans les premiers temps, les parties se rendaient avec le magistrat sur le terrain litigieux, ou dans l'endroit où se trouvait l'objet du procès : c'est ce qu'on appelait *deductio.* Là, armées chacune d'une baguette, elles revendiquaient solennellement la chose, et engageaient le combat simulé, *manum conserebant,* comme pour un meuble; puis, sur le lieu même, ou peut-être après être revenus devant le tribunal, les deux plaideurs se provoquaient au *sacramentum* dans les termes que nous avons rapportés plus haut.— Mais, dans la suite, les préteurs n'ayant sans doute plus le temps d'accompagner les parties, celles-ci se rendaient sur le fonds contesté, accompagnées de témoins, *superstites* (2);

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 16. — *Voy.* ci-après, § 150.

(2) Festus, V° *Superstites :* «Superstites, testes præsentes «significat. Cujus rei testimonium est, quod superstitibus «præsentibus, ii, inter quos controversia est, vindicias «sumere jubentur. Plautus in Artemone : *Nunc mihi licet «quid vis loqui, nemo hic adest superstes...»*

elles y engageaient le combat simulé; puis elles rapportaient devant le préteur une partie de la chose litigieuse, par exemple, une motte de terre s'il s'agissait d'un champ, une tuile s'il s'agissait d'un édifice (1); et, sur cette partie, elles accomplissaient la revendication en présence du magistrat. — Enfin, dès le temps de Cicéron, les parties se dispensèrent d'aller sur les lieux, et simulèrent la *deductio*, comme déjà on simulait la *manuum consertio* (2).

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 17.

(2) Aul. Gell., *Noct. att.*, XX, 10 : « *Ex jure manum consertum*, verba sunt ex antiquis actionibus, quæ, quum « lege agitur et vindictæ contenduntur, dici nunc quoque « apud prætorem solent... Manum conserere est, de qua re « disceptatur, in re præsenti, sive ager sive quid aliud est, « cum adversario simul manu prendere, et in ea re omni- « bus verbis vindicare. Vindicia, id est, correptio manus in « re atque in loco præsenti, apud prætorem ex duodecim « Tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est : SI QUI IN JURE « MANUM CONSERUNT. Sed postquam prætores propagatis Ita- « liæ finibus, datis jurisdictionibus, negotiis occupati pro- « ficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res « gravabantur, institutum est, contra duodecim tabulas, « tacito consensu, ut litigantes non in jure apud prætorem « manum consererent, sed ex jure manum consertum vo- « carent; id est, alter alterum ex jure ad conserendam ma- « num in rem, de qua ageretur, vocaret : atque profecti « simul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, « uti unam glebam, in jus in urbem ad prætorem deferrent : « et in ea gleba, tanquam in toto agro, vindicarent. Idque « Ennius significare volens ait, non, ut ad prætorum soli- « tum est, agi legitimis actionibus, neque ex jure manu « consertum, sed bello ferroque et vera vi atque solida.

§ 149. — Critique de cette procédure par Cicéron.

Dans son plaidoyer pour Muréna, l'orateur se moque, sans beaucoup de façons, de cette *deductio* simulée, qu'il nous décrit de la manière suivante. « On pouvait très-bien procéder ainsi : FUNDUS SABINUS MEUS EST. — IMO MEUS ; ensuite juger : c'est ce qu'ils n'ont pas voulu. FUNDUS, disent-ils, QUI EST IN AGRO QUI SABINUS VOCATUR (voilà bien des mots ; mais voyons la suite) EUM MEUM EX JURE QUIRITIUM ESSE AIO. Et après, INDE IBI EGO TE EX JURE MANU CONSERTUM VOCO. — L'adversaire ne sait que répondre à tout ce verbiage de plaideur. Le jurisconsulte passe alors de son côté, comme un joueur de flûte latin dans une comédie, et lui souffle son rôle : UNDE TU ME, dit-il, EX JURE MANU CONSERTUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO. — Cependant, pour que le préteur ne se crût pas trop d'esprit et de talent en répondant de lui-même, on a eu soin de lui dicter aussi le rôle qu'il doit réciter, et qui n'est pas moins absurde que les autres ; il parle donc ainsi aux plaideurs : SUIS UTRISQUE SUPERSTITIBUS PRÆSENTIBUS ISTAM VIAM DICO : INITE VIAM. — Notre savant était auprès d'eux pour leur montrer la route. — REDITE VIAM, disait le magistrat ; et ils revenaient en suivant le même guide. — C'était dès lors une chose bien ridicule, même

« Quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem et festucariam, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret, « cum vi bellica et cruenta. »

aux yeux de nos anciens, que d'ordonner à des hommes de quitter la place où ils étaient, et où ils devaient être, pour y revenir à l'instant même. Ces autres formules ne sont pas moins pleines d'extravagance : QUANDO TE IN JURE CONSPICIO ; et celle-ci encore : SED ANNE TU DICIS CAUSA VINDICAVERIS. Tant qu'elles furent un mystère, il fallut bien recourir aux initiés ; mais, dès que leur publication et l'habitude de s'en servir les eurent fait regarder de plus près, on les trouva aussi vides de sens que pleines de sottise et de mauvaise foi (1). »

§ 150. — De la *cautio litis et vindiciarum*, ou du règlement du possessoire.

Après la *deductio* simulée, venait la double revendication, les *vindiciæ* et la demande d'un juge.

Nous avons déjà dit que les *vindiciæ* désignent l'adjudication de la possession provisoire pendant le litige ; mais ceci nécessite quelques développements. Après la double revendication, le magistrat disait aux parties : MITTITE AMBO HOMINEM. Par suite de l'exécution de cet ordre, les parties se trouvaient placées sur le pied de la plus parfaite égalité. Cependant l'ordre de la procédure exige qu'il y ait un défendeur qui possède pendant l'instance, et un demandeur sur qui tombe l'obligation de faire la preuve. En conséquence, aussitôt après la constitution du *sacramentum*, le préteur

(1) Cicero, *pro Murena*, 12.

décidait laquelle des deux parties remplirait devant le juge le rôle de demandeur, laquelle celui de défendeur ou de possesseur : c'est là ce qu'on appelait *vindicias dicere* (1).

On ne sait pas d'après quelles règles le magistrat décidait la question si importante du possessoire, ni s'il suivait déjà les principes qui, plus tard, furent observés dans les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI ; mais, ce qui est très-positif, c'est que, dans les procès qui avaient pour objet la liberté, la question possessoire devait toujours être décidée en faveur de la liberté : *Vindicias dicere secundum libertatem*. Dans le célèbre procès de Virginie, Appius Claudius souleva une juste indignation en méconnaissant ce principe protecteur (2).

Celui des plaideurs qui obtenait la possession intérimaire devait garantir (*prædes dare*) la restitution de l'objet contesté, *litis*, et des fruits perçus

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 16. — Festus, V° *Vindiciæ :* « Vindiciæ appellantur res eæ, de quibus controversia : quod « potius dicitur jus, quia fit inter eos qui contendunt. « M. Cato in ea quam scribit, L. Furio de aqua... Prætores « secundum populum vindicias dicunt... Lucilius : *Nemo hic « vindicias, neque sacra, neque numen veretur.* De quo verbo « Cincius sic ait : *Vindiciæ olim dicebantur illæ, quæ ex fundo « sumptæ in jus adlatæ erant.* At Ser. Sulpicius... jam singu- « lariter formato vindiciam esse ait,... qua de re controver- « sia est, ab eo quod vindicatur... et in XII : SI VINDICIAM « FALSAM TULIT, SI VELIT IS... TOR ARBITROS TRES DATO, EORUM « ARBITRIO... FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO. »

(2) Tit. Liv., III, 44 et suiv.

pendant la possession, *vindiciarum*, dans le cas où son adversaire triompherait dans sa prétention.

Il ne faut pas confondre les *prædes litis* et *vindiciarum* dont il s'agit ici, avec les *prædes* dont nous avons parlé plus haut, et qui étaient donnés par les deux parties au préteur, pour assurer au trésor public le recouvrement du *sacramentum*, depuis que les plaideurs ne furent plus tenus d'en consigner réellement le montant (1). Les *prædes litis et vindiciarum* sont, au contraire, exigés uniquement dans l'intérêt de celle des deux parties qui n'a point obtenu la possession provisoire ; et, par conséquent, ne sont fournis que par le défendeur : c'est à ces *prædes* que se rapporte le passage suivant d'Asconius. « Lis vindiciarum est cum litigatur de « ea re apud prætorem, cujus incertum est quis « debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet sa- « tisdat pro præde litis (et) vindiciarum adversa- « rio suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in « possessione facturum, de qua jurgium esset. Rur- « sus sponsione ipse provocatur ab adversario cer- « tæ pecuniæ aut estimationis quam amittat, ni sua « sit hereditas de qua contendit. Prædes ergo di- « cuntur satisdatores locupletes pro re de qua apud « judicem lis est, ne interea qui tenet, diffidens « causæ, possessionem deteriorem faciat, tecta dis- « sipet, excidat arbores et culta deserat (2). »

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 13.

(2) Asconius, *in Verr., de Prætor. urban.*, c. 45.

II. *ACTIO PER JUDICIS POSTULATIONEM.*

§ 151. — Nature de cette action. — En quoi elle diffère des autres actions de la loi.

Le passage dans lequel Gaius traitait de l'action *per judicis postulationem* manque entièrement dans le manuscrit; nous en sommes donc réduits à de simples conjectures sur la nature de cette action.

Tigerstroem pense que la *judicis postulatio* n'était que cette partie de l'*actio sacramenti* dans laquelle les parties demandaient un juge; mais le texte de Gaius dément formellement cette supposition: si la *judicis postulatio* n'eût été qu'une partie de l'*actio sacramenti*, Gaius n'eût pas compté cinq actions de la loi, mais seulement quatre (1). Cette observation est confirmée par un autre passage, dans lequel Gaius présente la *judicis postulatio* comme l'action la plus générale après l'*actio sacramenti* (2): il est donc bien positif que l'action *per judicis postulationem* était une action particulière, distincte soit de l'*actio sacramenti*, soit de la *condictio*. — Mais, puisque l'action de *sacramentum* était générale, et pouvait s'appliquer à toutes les affaires, tant réelles que personnelles, pourquoi avait-on imaginé la *judicis postulatio*?... Cette action ne faisait-elle pas double emploi avec l'action de *sacramentum*?... Pour résoudre cette difficulté,

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 12.
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 20.

M. Heffter soutient qu'avant la loi *Pinaria* il n'y avait jamais dation de juge dans l'action *sacramenti;* et qu'en conséquence, quand on voulait un juge, il fallait recourir à la *judicis postulatio*, qui, de cette façon, ne faisait pas double emploi avec l'action générale de *sacramentum.* Mais ce système ne repose que sur une base bien fragile; car on ne peut savoir quelle fut au juste l'innovation introduite par la loi *Pinaria.* Cette loi autorisa-t-elle pour la première fois la dation d'un juge dans l'action *sacramenti*, ou se borna-t-elle à décider que le juge, qui auparavant était donné de suite, ne serait plus accordé à l'avenir qu'après un délai de trente jours? L'une ou l'autre opinion devra être adoptée, suivant que la lacune de six lettres environ qui se trouve dans le § 15 du quatrième commentaire, après les mots *ante eam legem...*, sera remplie par le mot *nondum*, comme le prétend M. Heffter, ou par le mot *statim*, comme l'avait proposé M. Blondeau, dans le texte de Gaius publié dans l'*Ecloga* (édition de 1832). D'ailleurs, si l'opinion de M. Heffter fait disparaître le double emploi pour l'époque antérieure à la loi *Pinaria*, elle le laisse subsister en entier pour l'époque postérieure.

Au milieu de toutes ces incertitudes, qu'il nous soit permis de hasarder notre opinion. Malgré l'autorité du savant professeur de Bonn, nous croyons que, dès l'origine, il y avait dation de juge aussi bien dans l'*actio sacramenti* que dans la *judicis postulatio;* mais il n'y en avait pas moins une impor-

tante différence entre ces deux actions : dans la première, chaque partie, outre le danger de succomber dans sa prétention, courait, en outre, celui de perdre le montant du *sacramentum;* tandis que, dans la seconde, ce dernier danger n'était point à craindre; car tout tend à faîre penser que, dans la *judicis postulatio*, les plaideurs n'étaient assujettis à aucune consignation analogue au *sacramentum*.

§ 152. — Les parties pouvaient-elles opter entre cette action et celle de *sacramentum*.

Nous croyons encore que les parties avaient, en général, la faculté de choisir entre ces deux actions, à peu près comme plus tard, dans la procédure formulaire, on put plaider *cum* ou *sine periculo* (1). Cela paraît résulter assez explicitement de ce passage où Gaius, en parlant de la *condictio*, s'exprime en ces termes : « Quare autem hæc ac« tio desiderata sit, quum de eo quod nobis dari oportet, *potuerimus sacramento aut per judicis pos« tulationem agere*, valde quæritur (2). » Peut-être, cependant, dès l'origine, les lois avaient-elles déterminé certaines causes dans lesquelles l'une des parties ne pouvait forcer l'autre à courir les risques du *sacramentum*. Cette conjecture acquiert presque le caractère de l'évidence, quand on rapproche le passage suivant de Gaius : *Sacra-*

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 141, 162, 172.
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 20.

menti actio generalis erat, de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, his sacramento agebatur (1), des principales actions à l'égard desquelles nous savons que la loi des XII Tables elle-même avait ordonné le renvoi de l'affaire à des arbitres (*judicis postulatio*). Parmi ces actions, nous trouvons principalement l'action *familiæ erciscundæ*, et l'action *communi dividundo* (2), dans lesquelles la provocation au *sacramentum* eût été tout à fait contraire aux sentiments de bienveillance et de fraternité qui, dans les idées romaines, devaient régner entre cohéritiers ou entre associés (3).

§ 153. — Procédure de cette action.

Au surplus, ce serait une prétention ridicule de vouloir aujourd'hui déterminer la procédure suivie dans l'action *per judicis postulationem*. Tous les documents que nous possédons à cet égard se bornent à la formule suivante, qui nous a été conservée par Valérius Probus : J. A. V. P. U. D. (*Judicem arbitrumve postulo uti des*); et encore rien ne prouve que cette formule ne s'appliquât pas à toutes les actions où il y avait lieu à la nomination d'un juge.

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 13.

(2) Cicero, *pro Cæcin.*, c. 7. — Paul., *Sent. recept.*, lib. I, tit. XVIII, § 1, 3, 4. — Gaius, L. 1, ff., *Fam. erc sc.*

(3) Ulpian., L. 63. ff., *pro Socio.*

III. *ACTIO PER CONDICTIONEM.*

§ 154. — Ce que c'était que la *condictio.*

Nous n'avons, sur l'ancienne *condictio*, qu'un fragment mutilé de Gaius et un paragraphe tout à fait insignifiant des *Institutes* de Justinien.

Dans l'ancienne langue romaine, *condicere* présentait le même sens que *denuntiare,* dénoncer, annoncer, signifier. L'action dont nous nous occupons ici était appelée *condictio,* parce que le demandeur *dénonçait*, c'est-à-dire faisait sommation à son adversaire de comparaître, après un délai de trente jours, devant le magistrat, pour y recevoir un juge (1).

La condiction est moins ancienne que les autres actions de la loi. Elle fut introduite par la loi *Silia* pour les demandes par lesquelles on réclamait une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*); elle fut étendue ensuite, par la loi *Calpurnia*, à toute autre action personnelle ayant pour objet une chose certaine quelconque (*de omni certa re*).

Dès le temps de Gaius, c'était une question très-controversée de savoir pourquoi on avait établi une action spéciale pour réclamer ce qui était dû (*qua intendimus dari nobis oportere*), puisqu'on pouvait déjà arriver au même but, soit par l'*actio sacramenti*, soit par l'*actio per judicis postulationem* (2).

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 18. — Justin., § 15, Instit., *de Actionib.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 20.

Nous ne croyons pas qu'on puisse espérer de trouver aujourd'hui aucune solution satisfaisante à une question sur laquelle les grands jurisconsultes du deuxième siècle n'avaient pu eux-mêmes tomber d'accord.

Toutefois, M. Heffter a émis à ce sujet une conjecture assez probable. Il pense que la condiction était une procédure plus sommaire que celle des deux actions précédentes (1) : et, en effet, il est naturel que la procédure soit plus simple quand l'objet de la demande est une chose certaine (2). Pour justifier cette conjecture, on peut encore alléguer un passage de la loi de la Gaule Cisalpine (3), qui, bien qu'il se réfère à la procédure

(1) Heffter, *Observat.*, cap. 5, pag. 14.

(2) *Voyez*, par exemple, notre *Code de procédure*, article 404.

(3) *Lex Galliæ Cisalpinæ*, cap. XXI : « A quocumque certa « pecunia credita, signata forma publica populi romani, in « eorum quo oppido, municipio, colonia, præfectura, foro, « vico, conciliabulo, castellove, quæ sunt eruntve in Gal- « lia Cisalpina, petetur, quæ res non pluris sestertium quin- « decim mille erit, si is eam pecuniam in jure, apud eum, « qui ibi juri dicundo præerit, ei, qui eam petet, aut ei, « cujus nomine ab eo petetur, dare oportere, debereve se « confessus erit, neque id, quod confessus erit, solvet, sa- « tisve faciet, aut se sponsione, judicioque, utive oporte- « bit, non defendet, sive is ibi de ea re in jure non respon- « derit, neque de ea re sponsionem faciet, neque judicio, uti « oportebit, se defendet, tum de eo, a quo ea pecunia petita « erit, deque eo, cui eam pecuniam dare oportebit, siremps « res, lex, jus, causaque omnibus omnium rerum esto, at- « que uti esset, esseve oporteret, si is, qui ita confessus

formulaire, n'est pas sans autorité ici, au point de vue que nous considérons, puisqu'il est vraisemblable que, dans la détermination de la force et des effets des actions nouvelles, on dut tenir compte de ce qui avait lieu auparavant dans la procédure des *legis actiones*. — Mais en quoi consistait cette abréviation? On peut conjecturer que la dénonciation (*condictio*) faisait connaître au défendeur l'objet de la demande, et épargnait ainsi une comparution inutile devant le magistrat; résultat analogue à celui qu'on obtint, dans la suite, sous le système formulaire, au moyen de la *litis* ou de l'*actionis denuntiatio*. (*Voy.* ci-après § 193.)

§ 155. — Nature de ces condictions.

Nous ignorons complétement aussi en quoi les dénonciations de la condiction différaient de la demande de juge établie ou réglée par la loi *Pinaria*, et de celle qui constituait l'action *per judicis postulationem*. Toutefois, il est certain, et cette remarque a son importance, que l'ancienne condiction était une *condictio certi de eo quod nobis dari oportet*, caractère qui est aussi celui de la condiction proprement dite, dans la procédure formulaire.

«erit, aut de ea re non responderit, aut se sponsione judi-«cioque, uti oportebit, non defenderit, ejus pecuniæ ei, «qui eam suo nomine petierit, cuive eam dare oportebit, «ex judiciis datis, judicareve recte jussis, jure, lege dam-«natus esset, fuisset.»

IV. *ACTIO PER MANUS INJECTIONEM.*

§ 156. — Nature de cette action. — Son objet. — Il ne faut pas la confondre avec la *manus injectio* extra-judiciaire.

Manus injectio désigne, en général, l'action de mettre la main sur une personne ou sur une chose, de la saisir. Cela avait lieu dans plusieurs circonstances, dont il est superflu de donner ici l'énumération complète. Nous en avons vu une application dans l'ajournement (*in jus vocatio*) contre le défendeur qui refusait de suivre le demandeur devant le tribunal. Il est évident que, dans cette occasion, la *manus injectio* avait nécessairement lieu hors de la présence du magistrat (*extra jus*). Mais il ne faut pas confondre ces *manus injectiones* extra-judiciaires avec la *manus injectio*, qui constituait l'une des cinq actions de la loi, et qui est la seule dont nous ayons à nous occuper en ce moment.

Celle-ci est un acte solennel qui se passe devant le magistrat (*in jure*). Elle différait des trois premières actions de la loi en ce qu'elle ne donnait jamais lieu à la constitution d'un juge; et de la cinquième, c'est-à-dire de la *pignoris capio*, en ce que cette dernière ne se passait pas devant le préteur. Ceci posé, nous avons à rechercher : 1° dans quels cas on agissait par *manus injectio*, et quelle était la forme de cette action; 2° quelle était la condition des personnes sur lesquelles cette espèce de contrainte par corps avait été exercée.

§ 157. — Dans quel cas on agissait par *manus injectio*. — I. *Manus injectio judicati*.

La *manus injectio* est une action spéciale, dont on ne peut faire usage que dans les cas déterminés par la loi. On peut en distinguer trois espèces différentes : *judicati*, *pro judicato* et *pura*.

La *manus injectio judicati* est la plus ancienne. Elle avait été établie par la loi des XII Tables, comme voie d'exécution forcée des jugements. Celui qui exerçait cette action disait : QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES SESTERTIUM DECEM MILLIA, QUÆ DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM DECEM MILLIUM JUDICATI MANUS INJICIO; et, en même temps, il saisissait son adversaire par quelque partie du corps. Le condamné ne pouvait se dégager ni agir pour lui-même par action de la loi; mais il devait fournir une caution (*vindex*), qui s'engageait à le défendre (1). Celui qui ne pouvait fournir cette caution était conduit dans la maison du créancier, où il était retenu enchaîné (2).

§ 158. Continuation. — II. *Manus injectio pro judicato*.

Plusieurs lois étendirent, dans la suite, cette *manus injectio* à des cas où il n'y avait pas eu condamnation, mais dans lesquels elles autorisèrent le créancier à agir comme s'il y avait eu un juge-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 21.
(2) Caius, *Comm.* IV, § 21.

gement (*pro judicato*). Gaius cite, entre autres, la loi *Publilia*, qui autorisait ce moyen de contrainte contre celui qui, ayant été cautionné par un *sponsor*, ne lui remboursait pas, dans les six mois les sommes que le *sponsor* avait payées pour lui; et la loi Furia, *de sponsu*, qui permettait pareillement cette action contre celui qui avait exigé d'un *sponsor* au delà de sa part virile dans la dette. Dans la *manus injectio pro judicato*, comme dans la *manus injectio judicati*, il était interdit au défendeur de se dégager; il devait donner un *vindex* ou se laisser conduire en prison (1).

§ 159. Continuation. — III. *Manus injectio pura.*

Il en était autrement dans la *manus injectio*, que Gaius appelle *pura*, et dans laquelle la partie saisie pouvait se dégager et plaider elle-même sa cause.

Cette *manus injectio*, moins rigoureuse, avait été établie par diverses lois pour des cas très-variés. On peut citer comme exemples : — 1° la loi Furia sur les testaments, qui l'accordait contre celui qui aurait reçu, à titre de legs ou de donation à cause de mort, plus de 1,000 as, sans être dans l'un des cas d'exception où cette loi autorisait des legs plus considérables; — 2° la loi Marcia, qui permettait d'agir ainsi pour répéter contre les usuriers les intérêts par eux perçus (2).

Dans la *manus injectio pura*, le demandeur ne

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 22.
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 23.

prononçait pas les mots PRO JUDICATO; il énonçait simplement la cause pour laquelle il agissait, et terminait par ces mots : OB EAM REM EGO TIBI MANUM INJICIO (1).

Enfin, une dernière loi, dont on n'a pas pu lire le nom dans le manuscrit de Gaius, mais que M. de Savigny conjecture être la loi *Aquilia*, étendit à tous les cas, sauf deux exceptions, la faculté, pour la partie saisie, de se dégager et de se défendre elle-même. L'ancienne rigueur ne fut maintenue que pour deux circonstances, savoir : quand la *manus injectio* était exercée contre un condamné, ou contre le débiteur qui ne remboursait pas le *sponsor* (2).

§ 160. — Suites de la *manus injectio*. — Ses effets sur l'état civil du débiteur.

Il nous reste à examiner quelles étaient les suites de la *manus injectio*, et quel était le sort du débiteur après l'*addictio* qui suivait la saisie.

Aulu-Gelle nous a transmis à ce sujet des renseignements précieux, et c'est par lui que nous connaissons le texte même de la loi des XII Tables, lequel était ainsi conçu : ÆRIS CONFESSI DEBITIQUE JURE JUDICATIS TRIGINTA DIES JUSTI SUNTO; POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO; IN JUS DUCITO; NI JUDICATUM FACIT, AUT QUI ENDO EM JURE VINDICIT, SECUM DUCITO; VINCITO AUT NERVO, AUT COMPEDIBUS, QUINDECIM PONDO NE MAJORE; AUT SI VOLET, MINORE VINCITO. SI

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 24.
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 25.

VOLET SUO VIVITO; NI SUO VIVIT, QUI EM VINCTUM HABEBIT LIBRAS FARRIS IN DIES DATO; SI VOLET, PLUS DATO (1).

Le débiteur qui avait été condamné, ou qui avait avoué la dette devant le magistrat, avait un délai de trente jours pour chercher à s'acquitter : ces trente jours étaient appelés *justi*, parce qu'ils constituaient un armistice légal (*justitium*) (2). — Ce premier délai expiré, le créancier citait son débiteur devant le magistrat, et exerçait contre lui l'action *judicati per manus injectionem*, suivant les formes que nous avons décrites ci-dessus. Alors, de deux choses l'une : si le débiteur payait, ou s'il se trouvait un *vindex* qui consentît à se charger de son affaire, il était libéré envers son créancier, qui n'avait plus de droit que contre le *vindex* (3); si, au contraire, le débiteur ne pouvait ni payer ni fournir un *vindex*, le préteur l'adjugeait (*addicebat*) au créancier, qui l'emmenait dans sa maison, où il le retenait enchaîné (4).

---

(1) Aul. Gell., *Noct. att.*, XX, 1.

(2) Aul. Gell., *loc. cit.* — Cicero, *Phil.*, V, 12; *de Harusp.*, 26. — Tit. Liv., III, 5. — Festus, V° *Justi.* — Macrob., *Satyr.* I, 16.

(3) Les textes ne s'expliquent pas d'une manière précise sur les effets de l'intervention du *vindex* : s'obligeait-il seulement comme *caution* du débiteur? ou bien, au contraire, prenait-il si complétement le fait et cause du débiteur, que celui-ci se trouvât entièrement libéré? — J'adopte cette dernière opinion comme la plus probable.

(4) Tite-Live, VI, 36, avoue que les maisons des patriciens devenaient, dans les temps de misère, de véritables

Pour réprimer les mauvais traitements excessifs dont les créanciers accablaient leurs débiteurs, la loi avait fixé le poids des fers, qui ne devait pas excéder quinze livres, et la nourriture, qui, comme celle des esclaves, était d'une livre de farine par jour (1); mais le débiteur jouissait du droit de se procurer à ses frais une meilleure nourriture : SI VOLET SUO VIVITO (2).

Après l'*addictio* commençait un nouveau délai de soixante jours, pendant lequel le débiteur pouvait entrer en arrangement avec son créancier. Durant ce délai, et à trois jours de marché consécutifs, le créancier conduisait son débiteur devant le magistrat, et proclamait la somme pour laquelle ce débiteur avait été condamné.

A l'expiration du délai de soixante jours, si personne (*vindex*) ne se présentait pour prendre sa défense, le débiteur était réduit en esclavage (3) : il

prisons pleines de débiteurs : «Gregatim quotidie de foro «addictos duci et repleri vinctis nobiles domos : et ubicum«que patricius habitet ibi carcerem privatum esse.»

(1) Licin. Rufin., L. 34, ff., *de Re jud.* — Ulpian., L. 45; — Gaius, L. 234, ff., *de Verb. signif.*

(2) Aul. Gell., *l. c.* — Ce qui prouve bien, ainsi que nous le verrons encore au commencement du livre V, que dans les premiers temps les créanciers n'avaient aucune action directe sur les biens de leurs débiteurs.

(3) Le débiteur devenait-il esclave de plein droit par l'expiration des soixante jours, ou ne le devenait-il que par l'effet, soit de la vente, soit d'un nouvel acte de l'autorité du magistrat? —Je crois qu'il le devenait de plein droit; car l'*addictio* constituait déjà une véritable servitude sous *condition suspensive.*

n'était plus toléré sur le territoire de la république : aussi le créancier devait-il le tuer (1), ou bien le vendre à l'étranger (*peregre trans Tiberim*) (2) ; sans doute pour qu'il fût plus difficile au débiteur de recouvrer, par affranchissement, sa qualité de citoyen romain.

Quand il y avait plusieurs créanciers, ils pouvaient se partager le corps du débiteur : TERTIIS NUNDINIS PARTIS SECANTO ; SI PLUS MINUSVE SECUERUNT SE FRAUDE ESTO (3). Plusieurs auteurs modernes prétendent qu'on ne doit pas prendre cette loi à la lettre, et qu'il s'agit seulement ici du partage du prix provenant de la vente du débiteur. Mais il nous est impossible de partager leur opinion : trois écrivains graves du IIIe siècle, Aulu-Gelle (4),

---

(1) Niebühr, II, 311.

(2) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XX, 1.

(3) Aul. Gell., *loc. cit.*

(4) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XX, 1 : «Tertiis autem nun«dinis capite pœnas dabant, aut trans Tiberim peregre «venum ibant. Sed eam capitis pœnam sanciendæ, sicut dixi, «fidei gratia, horrificam atrocitatis ostentu novisque ter«roribus metuendam reddiderunt. Nam si plures forent, «quibus reus esset judicatus, secare si vellent atque partiri «corpus addicti sibi hominis permiserunt... Nihil profecto «immitius, nihil immanius : nisi, ut reipsa apparet, eo con«silio tanta immanitas pœnæ denuntiata est, ne ad eam un«quam perveniretur. Addici namque nunc et vinciri multos «videmus ; quia vinculorum pœnam deterrimi homines «contemnunt. Dissectum esse antiquitus neminem equidem «neque legi neque audivi : quoniam sævitia ista pœnæ con«temni non quita est.»

Quintilien (1) et Tertullien (2), ne permettent guère de douter que la loi des XII Tables ne consacrât, en effet, ce droit barbare; mais ces trois auteurs nous apprennent en même temps que cette atroce théorie n'avait pas été acceptée dans la pratique.

L'*addictus*, que nous trouvons aussi appelé *adjudicatus* ou *judicatus* (3), n'est point esclave proprement dit, *servus;* en droit, il est libre; de fait, il est *in servitute*: *An addictus, quem lex servire, donec solverit, jubet, servus sit?* demande Quintilien (4); mais, dans d'autres passages, le même auteur tranche la question : *Aliud est servum esse, aliud est servire, qualis esse in addictis quæstio solet... Addictus recepta libertate est ingenuus* (5). La position de l'*addictus* est donc précisément le contre-pied de celle du *statuliber:* le premier est libre tant qu'il n'est pas en retard de payer, le second est esclave tant qu'il n'a pas payé.

(1) Quintil., *Instit. orat.*, III, 6 : « Sunt enim quædam non « laudabilia natura, sed jure concessa; ut in XII Tabulis « debitoris corpus inter creditores dividi licuit; quam legem « mos publicus repudiavit. »

(2) Tertull., *Apolog.*, c. 4 : « Sed et judicatos in partes « secari a creditoribus leges erant: consensu tamen publico « crudelitas postea erasa est; et in pudoris notam capitis « conversa est, bonorum adhibita proscriptione, suffundere « maluit hominis sanguinem quam effundere. »

(3) Gaius, *Comm.* III, § 189, 199. — Licin. Rufin., L. 34, ff., *de Re judicat.*

(4) Quintil., *Instit. orat*, VII, 3.

(5) Quintil., *Instit. orat.*, V, 10; III, 6; VII, 3.

§ 161. — Différences entre l'*addictus* et le *nexus*.

Il ne faut pas confondre l'*addictus* avec le *nexus*.

Il y avait des obligations pour la sûreté desquelles le débiteur se soumettait volontairement à un esclavage analogue à celui qui résultait de l'*addictio:* c'est ce qu'on appelait proprement *nexus*, expression qui, d'ailleurs, dans les premiers siècles de Rome, désignait toutes les obligations qui se contractaient *per æs et libram*, et dont le *nexus*, dont nous nous occupons ici, n'était qu'un cas particulier. En effet, de même que le débiteur pouvait manciper sa chose au créancier avec fiducie, c'est-à-dire sous la condition de pouvoir la retirer, s'il payait à l'échéance; de même, il pouvait manciper au créancier sa propre personne, sa famille et ses biens. Le débiteur et sa famille tombaient alors dans le *mancipium* du créancier : *Propter domesticam ruinam et grave æs alienum, C. Plotio nexum se dare coactum*, dit Valère Maxime (1). Varron confirme cette donnée : « *Liber « qui suas operas in servitutem pro pecunia quam « debebat, dabat, dum solveret, nexus vocatus* (2). » La mancipation ne conférait pas la possession (3);

(1) Valer. Max., VI, 1, 9.

(2) Varro, *Ling. lat.*, VII, 5. — Cf. *Collat. leg. rom. et mosaïc.*, II, 3.

(3) Gaius, *Comm.* II, § 204; IV, § 131. — *Fragm. Vatic.*, § 313.

aussi, à défaut de payement à l'époque convenue, le créancier revendiquait le *nexus*, et s'en faisait adjuger (*addictio*) la possession, comme conséquence du droit qui lui avait été antérieurement acquis par mancipation.

Résumons maintenant les principales différences qui existaient entre le *nexus* et l'*addictus.* — 1° Par le fait de sa mancipation volontaire le *nexus* subit une diminution de tête: il est *capite minutus* avant d'être *addictus;* l'*addictus* n'est point encore *capite minutus:* car Festus ne comprend pas l'*addictio* parmi les causes de *capitis diminutio* (1).— 2° Le *nexus,* bien qu'esclave de droit, jouit, jusqu'à l'échéance, de la liberté de fait, aussi peut-il être appelé à combattre; au contraire, l'*addictus*, bien que n'étant pas encore esclave de droit, est néanmoins traité comme tel, et n'est appelé à faire partie de l'armée qu'en cas de nécessité absolue (2).— 3° Le *nexus* entraîne avec lui sa famille et ses biens; l'*addictus* passe seul dans la puissance du créancier (3); — 4° l'*addictus* est libéré par le seul effet du payement (4); le *nexus* a besoin d'une manumission (5).

(1) Festus, V° *Deminutus.*

(2) Tit. Liv., II, 24. — Valer. Max., VII, 6, 1.

(3) Tit. Liv., II, 24. — Quintil., *Instit. orat.*, III, 6.

(4) Du moins toutes les fois que la dette constituait une peine privée; mais quand l'*addictio* constituait une peine publique, elle produisait peut-être un effet plus complet : c'est ainsi que les anciens s'étaient demandé si l'*addictus ex causa furti* était seulement *adjudicatus*, ou, au contraire, esclave proprement dit. — Gaius, *Comm.* III, § 189.

(5) Quintil., *Instit. orat.*, VII, 3.

— 5° le *nexus* libéré est *quasi libertus* du créancier qui l'a affranchi; rien de pareil pour l'*addictus*, qui reste *ingenuus* (1).

Le *nexus* fut aboli par la loi *Petilia*, l'an de Rome 428. Quant à l'*addictio*, il ne paraît pas qu'elle ait jamais été formellement supprimée; mais elle dut tomber en désuétude depuis que le préteur eut introduit, au profit des créanciers, la *bonorum possessio* qui fournissait un moyen d'atteindre directement les biens du débiteur.

V. *PIGNORIS CAPIO.*

§ 162. — Nature de la *pignoris capio.*

La *manus injectio* était un mode légal d'exécution sur la personne; la *pignoris capio*, ou prise de gage, était un mode d'exécution sur les biens: de même que l'*addictus* ne pouvait se libérer qu'en payant, de même le débiteur, dont la chose avait été prise en gage, ne pouvait la recouvrer qu'en donnant satisfaction à son créancier. — La *pignoris capio* différait essentiellement des autres actions de la loi, en ce qu'elle pouvait avoir lieu *extra jus*, hors de la présence du magistrat, en l'absence de l'adversaire, et même les jours néfastes: aussi, beaucoup de jurisconsultes avaient-ils pensé que la *pignoris capio* ne pouvait être considerée comme une véritable action de la loi (2).

---

(1) Quintil., *Instit. orat.*, VII, 3.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 29.

§ 163. — Cas dans lesquels on pouvait agir par *pignoris capio*.

La *pignoris capio* s'accomplissait par la saisie réelle d'une chose appartenante au débiteur; et cette saisie était accompagnée de certaines paroles solennelles que Gaius ne nous a pas transmises.

La *pignoris capio* ne pouvait avoir lieu que dans un petit nombre de cas déterminés par la loi ou la coutume (*moribus*).

D'après la loi des XII Tables, celui qui avait vendu une victime pouvait agir, par prise de gage, contre l'acheteur qui n'en payait pas le prix. Il en était de même à l'égard de celui qui ne payait pas le loyer d'une bête de somme, quand l'argent de ce loyer était destiné à offrir un sacrifice religieux. — Une loi, dont le nom est demeuré illisible dans le manuscrit de Gaius, accordait la *pignoris capio* aux publicains pour le recouvrement des impôts. — Enfin, les mœurs l'avaient appliquée à diverses créances intéressant le service militaire, *æs militare, æs equestre, æs hordearium*. Le militaire pouvait agir par *pignoris capio* contre celui qui était chargé de payer la solde aux soldats (*æs militare*); contre les personnes qui étaient tenues de fournir à l'État un cheval propre au service militaire (*æs equestre*), et l'avoine nécessaire pour le nourrir (*æs hordearium*) : ces personnes étaient les veuves et les célibataires riches (1).

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 27 et 28. — Tit. Liv., I, 43; — Javol., L. 242, § 3, ff., *de V. S.*

CHAPITRE DEUXIÈME.

PROCÉDURE FORMULAIRE.

SECTION I.

Origine et caractères de cette procédure.

§ 164. — Transition de la procédure *per legis actiones* à la procédure *per formulas.*

L'extrême subtilité des actions de la loi, leur formalisme ridicule et gênant, les dangers auxquels elles exposaient les plaideurs, les avaient rendues odieuses : la loi *Æbutia* et les deux lois *Julia* les abolirent et leur substituèrent la procédure par formules (1). — Nous ne connaissons d'une manière précise, ni la date de ces diverses lois, ni la part qu'elles eurent dans l'abrogation du système ancien, et dans la constitution du nouveau. La loi *Æbutia* est bien certainement antérieure au temps de Cicéron, puisque, dès cette époque, l'ancienne procédure était déjà en partie remplacée par la nouvelle : or, comme d'après le témoignage positif de Gaius, c'est à la loi *Æbutia* et

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 30.

aux deux lois *Julia* qu'il faut exclusivement attribuer l'abolition des actions de la loi, et que les deux lois *Julia*, peut-être, mais certainement l'une d'elles, sont postérieures à Cicéron, il en résulte invinciblement que les changements que la procédure avait subis à l'époque où vivait l'orateur romain ne peuvent être attribués qu'à la loi *Æbutia*. Quant aux deux lois *Julia*, rappelées par Gaius, tout le monde convient que l'une d'elles est la *lex judiciorum privatorum* portée par Auguste : mais l'autre est-elle la *lex judiciorum publicorum* du même empereur, ou doit-elle être attribuée à Jules César, qui, lui aussi, était certainement l'auteur de lois concernant l'administration de la justice?... C'est là un point fort débattu entre les interprètes. Les partisans de la première opinion disent qu'il n'est pas probable que la *lex judiciorum publicorum* d'Auguste se soit occupée des actions de la loi. Nonobstant cette objection, M. Heffter, qui a traité cette question épineuse avec autant de sagacité que d'érudition, adopte l'opinion que les deux lois *Julia* appartiennent à Auguste.

En admettant cette donnée, les écrits de Cicéron, qui vivait après la loi *Æbutia*, et antérieurement aux lois *Julia*, nous fournissent un point de départ précieux pour rechercher la part qu'eut la loi *Æbutia* dans l'abrogation de l'ancienne procédure. Aulu-Gelle fait dire à un jurisconsulte : « Sed enim « quum proletarii, et assidui, et sanates, et vades, « et subvades, et viginti quinque asses, et taliones, « furtorumque quæstio cum lance et licio evanue-

« rint; omnisque illa XII Tabularum antiquitas, nisi « in legis actionibus centumviralium causarum, « lege Æbutia lata, consopita sit...(1). » Faut-il conclure de ce passage que la loi *Æbutia* ait, en effet, aboli les actions de la loi pour tous les cas, sauf dans les causes centumvirales?... Nous ne le pensons pas. D'un côté, Gaius attribue l'abrogation des actions de la loi collectivement à la loi *Æbutia* et aux deux lois *Julia;* d'un autre côté, s'il est certain qu'au temps de Cicéron on plaidait déjà par formules, il n'est pas moins positif que l'on suivait encore, dans beaucoup de cas qui ne se rapportaient pas aux causes centumvirales, l'ancienne procédure des actions de la loi. Il paraît donc que la loi *Æbutia* ne les abrogea qu'en partie, et que les lois *Julia* complétèrent une révolution commencée bien antérieurement.

Suivant les conjectures un peu hasardées de M. Heffter, la loi *Æbutia* aurait aboli l'*actio sacramenti* (sauf pour le cas où le procès devait être porté devant les centumvirs), l'ancienne *condictio*, et peut-être aussi la *judicis postulatio* (2). Quant à la *manus injectio* et à la *pignoris capio*, qui étaient encore en usage au temps de Cicéron (3), elles n'au-

(1) Aul. Gell., *Noct. att.*, XVI, 10.

(2) On peut citer le chapitre IV du plaidoyer pour Q. Roscius, comme une preuve qu'au temps de Cicéron l'ancienne *condictio* était remplacée par une formule.

(3) Pour la *pignoris capio*, voyez Cicero, *in Verr.*, III, c. 11; Conf. *ibid.*, II, 16. — Tacit., *Ann.*, XIII, 26.

raient été supprimées ou modifiées que par les lois *Julia*.

§ 165. — En quoi cette procédure diffère de celle des *legis actiones*.

Si les questions que soulève la transition de l'ancien système de procédure au système des formules, sont peut-être plus curieuses qu'utiles à résoudre, il en est certainement tout autrement de la question de savoir quelle est la nature de la procédure formulaire, et en quoi elle diffère de celle des actions de la loi.

La formule est une sorte de jugement interlocutoire par lequel le préteur détermine la question que le juré aura à résoudre, et lui confère le pouvoir de condamner ou d'absoudre, suivant que cette question lui paraîtra devoir être affirmativement ou négativement résolue.

Ce qui caractérise la procédure formulaire, c'est bien moins le renvoi de l'affaire à un juré (puisque ce renvoi était déjà en usage dans le système précédent), que la rédaction de la formule ou instruction écrite dont nous allons bientôt analyser les éléments. En outre, le nouveau système diffère essentiellement du précédent, en ce que les plaideurs n'ont plus de gestes solennels à exécuter, ni de paroles sacramentelles à prononcer : le demandeur expose en langage vulgaire sa prétention, et le préteur examine si, en supposant prouvées les allégations du demandeur, il en pourrait ou non résulter la condamnation du défendeur. Dans

le premier cas, il accorde au demandeur la formule d'action; dans le second, il la lui refuse, et le procès ne peut avoir lieu : à peu près comme chez nous, le tribunal admet ou rejette la demande d'enquête, suivant que les faits lui paraissent ou non admissibles et concluants.

Le procès se divise donc naturellement en deux parties. — La première comprend les actes qui se passent devant le magistrat : on dit alors que les parties sont *in jure* : car *jus* exprime par excellence le lieu où siége le magistrat investi de la juridiction (1). — La seconde embrasse ce qui se passe devant le juge ou juré : on dit alors que les parties sont *in judicio* : *judicium* désigne donc, dans le sens propre, l'instance devant le juré; mais comme cette instance ne peut être engagée sans que, préalablement, le préteur ait accordé la formule d'action, on donne souvent à la formule elle-même le nom de *judicium*, en confondant l'effet avec la cause.

§ 166. — Pendant combien de temps cette procédure fut en vigueur.

La procédure formulaire a été en vigueur pendant toute la période brillante de la jurisprudence romaine, depuis Cicéron jusqu'à Dioclétien.

Mais on s'écartait quelquefois de la règle ordinaire. D'un côté, on suivait encore la procédure des actions de la loi, quand il s'agissait de *damnum infectum*, et quand le litige devait être porté

(1) Ulpian., L. 4, § 1, ff., *de Interr. in jure*.

devant les centumvirs. D'un autre côté, il y avait des cas dans lesquels le magistrat, au lieu de renvoyer l'affaire à un juge, statuait lui-même sur le fond de la contestation, *extra ordinem cognoscebat.* La première de ces exceptions se trouve suffisamment expliquée par ce que nous avons dit précédemment des actions de la loi. La seconde viendra plus naturellement dans le chapitre suivant, où nous traiterons du troisième système de procédure, qui n'est que cette seconde exception généralisée.

§ 167. — Division du sujet.

Nous nous occuperons donc principalement, dans les sections suivantes, de la procédure formulaire proprement dite; et, pour traiter avec ordre cette partie si importante de l'étude du droit romain, nous allons successivement examiner : 1° la conception et la rédaction des formules, les diverses parties qui entraient dans leur composition, ainsi que les rapports de ces parties entre elles ; 2° la marche de la procédure, c'est-à-dire la série des actes qui constituaient un procès en matière civile; 3° les diverses péremptions auxquelles les instances étaient soumises ; 4° enfin, dans une dernière section, nous signalerons les divers cas dans lesquels il y avait lieu à une procédure exceptionnelle.

SECTION II.

Conception des formules et parties diverses qui entrent dans leur composition.

I. *CARACTÈRES DES FORMULES.*

§ 168. — Nature de la formule.

Comme nous l'avons dit précédemment, on ne pouvait se présenter devant le juré sans avoir, au préalable, obtenu du magistrat une formule d'action. Cette formule instituait le juge; elle déterminait les questions que celui-ci aurait à résoudre, et les principes de droit qu'il devrait appliquer; elle traçait hypothétiquement la condamnation qui devait être prononcée, et conférait, à cet égard, au juge, des pouvoirs tantôt limités, tantôt illimités; enfin, elle était tout à la fois une instruction destinée à guider le juré dans la recherche de la vérité, et une véritable sentence subordonnée à la vérification du point de fait et du point de droit à éclaircir.

Pour mieux saisir la nature de la formule, il n'est peut-être pas inutile de la rapprocher des institutions de notre droit français, qui présentent des caractères analogues ; quoique, d'ailleurs, la similitude n'existe que d'une manière incomplète, et seulement sous quelques points de vue.

Considérée comme préliminaire à remplir pour

saisir le juge, elle ressemble, et à l'autorisation qu'il faut obtenir du conseil d'État pour pouvoir actionner un fonctionnaire public devant les tribunaux ordinaires, et aux arrêts d'admission rendus par la chambre des requêtes de la Cour de cassation, qui permettent aux parties d'engager contradictoirement le débat devant la section civile; mais elle en diffère en ce que, ni l'autorisation du conseil d'État, ni les arrêts d'admission, ne contiennent d'instructions pour guider les juges qui doivent connaître.

On peut la comparer aussi aux questions qui, dans nos cours d'assises, sont soumises par la cour, c'est-à-dire par le magistrat, à la décision du jury; mais il y a cette différence, que nos jurés n'ont qu'à répondre simplement *oui* ou *non* aux questions proposées, tandis que le juré romain devait, en outre, prononcer la sentence.

Les arrêts de renvoi rendus par nos chambres d'accusation offrent plus de points de ressemblance; car ces arrêts sont nécessaires pour saisir la Cour d'assises, et contiennent des appréciations analogues à celles de la formule.

Il y a encore, sinon dans la forme, au moins dans le fond, des rapports nombreux entre la formule et les jugements interlocutoires, par lesquels nos tribunaux, en admettant la preuve des faits articulés, préjugent la décision à rendre sur le fond, si les faits viennent à être prouvés.

Enfin, notre *compromis* rappelle presque tous les traits caractéristiques de la formule; comme elle,

il investit un simple particulier du pouvoir de juger; comme elle, il confère à ce particulier des pouvoirs plus ou moins étendus, en lui donnant mission de juger, tantôt d'après les règles du droit, tantôt comme amiable compositeur. L'arbitre, nommé par compromis, et le juge, institué par la formule, ne peuvent, ni l'un ni l'autre, juger d'autres questions que celles qui leur sont soumises par l'acte de leur institution; les pouvoirs de l'un et de l'autre expirent quand la sentence est prononcée; et l'on doit recourir au magistrat pour l'exécution. Mais, et c'est là qu'est la différence, le compromis est l'œuvre des parties (1), tandis que la formule était un acte de l'autorité publique.

§ 169. — Rédaction des formules.

La formule étant le grand *criterium* du procès romain, on conçoit aisément quels soins les préteurs apportaient dans la rédaction d'un acte si important pour la bonne administration de la justice. Valère Maxime nous apprend que les magistrats consultaient, pour cette rédaction, les plus habiles jurisconsultes (2). Aussi, quand on étudie les formules de la procédure romaine, on ne peut manquer d'être vivement frappé de l'énergique concision, de la sagacité et de l'enchaînement logique avec lesquels sont rédigées ces instructions judiciaires.

(1) Les Romains connaissaient aussi le compromis volontaire (*Voy.* ci-dessus, § 73.)

(2) Val. Max., VIII, 12.

§ 170. — Publicité donnée aux formules.

Les formules étaient inscrites dans l'*album*, et livrées à la publicité: « Sunt jura, sunt formulæ, de « omnibus rebus constitutæ, ne quis aut in genere « injuriæ, aut ratione actionis, errare possit: ex- « pressæ sunt enim ex uniuscujusque damno, do- « lore, incommodo, calamitate, injuria, publicæ « a prætore formulæ, ad quas privata lis accom- « modetur... (1). Cæteræ quoque formulæ quæ sub « titulo de in jus vocando propositæ sunt... et de- « nique innumerabiles ejusmodi aliæ formulæ in « albo proponuntur (2). »

§ 171. — Parties constitutives des formules.

Les Romains avaient analysé avec un soin extrême les différents éléments qui peuvent entrer dans la composition des formules : ils distinguaient, à cet égard, les parties principales (*partes*), qui sont une conséquence même de la prétention du demandeur, d'avec certaines additions accessoires (*adjectiones*), qui pouvaient, suivant les circonstances, être insérées dans la formule, sur la demande, soit du défendeur, soit du demandeur.

Occupons-nous d'abord des parties principales, qui sont au nombre de quatre, non compris la

(1) Cicero, *pro Q. Rosc. Comœd.*, 8.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 46.

nomination du juge, savoir: la *demonstratio*, l'*intentio*, l'*adjudicatio* et la *condemnatio* (1).

II. *PARTIES PRINCIPALES.*

§ 172. — I. *Demonstratio.*

La démonstration est cette partie de la formule qui indique le point de fait à l'occasion duquel s'élève le litige. Exemples: QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT. — QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT (2).

§ 173. — II. *Intentio.*

C'est la partie de la formule dans laquelle le préteur reproduit la prétention du demandeur. Exemples : SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEM MILLIA DARE OPORTERE.— QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE.— SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE (3).

L'*intentio* est la partie fondamentale de la formule; c'est elle qui caractérise l'action entière : aussi est-ce principalement sous le point de vue de l'*intentio* qu'ont été établies la plupart des divisions d'actions que nous aurons à examiner avec

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 39.
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 40.
(3) Gaius, *Comm.* IV, § 41.

détail dans le troisième livre, et notamment la célèbre division *in rem et in personam*.

§ 174. Continuation. — *Intentio in jus*, *intentio in factum*.

Les *intentiones*, que nous venons de citer pour exemples, sont dites *conceptæ in jus;* parce qu'elles soulèvent une question de pur droit civil, question de la solution de laquelle dépend la condamnation ou l'absolution du défendeur. Mais, quelquefois, la *demonstratio* et l'*intentio* se confondent: le fait, au lieu d'être énoncé à part dans la *demonstratio*, passe dans l'*intentio*, où il est mis en question: l'*intentio* ne soulève plus, dans ce cas, au moins en apparence et dans la forme du langage, qu'une simple question de fait à laquelle la condamnation ou l'absolution se trouve subordonnée; l'*intentio* est dite alors *concepta in factum* (1).

On peut saisir facilement ces différences dans les deux formules suivantes, toutes deux relatives à l'action de dépôt, mais dont la première est conçue *in jus*, tandis que la seconde est conçue *in factum*.

1° Formule *in jus concepta:* JUDEX ESTO. — *Demonstratio* : QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR. — *Intentio* : QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EJUS. — *Condemnatio*: ID JUDEX

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 45 et 46.

NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO.

2° Formule *in factum concepta :* JUDEX ESTO. — *Demonstratio* et *intentio* confondues : SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE; — *condemnatio :* QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO (1).

Nous reviendrons, plus tard (2), sur cette distinction importante, et nous rechercherons les causes qui avaient conduit les préteurs à rédiger l'action, tantôt de l'une, tantôt de l'autre manière.

§ 175. — III. *Adjudicatio.*

C'est la partie de la formule qui confère au juge le pouvoir d'adjuger, c'est-à-dire d'attribuer à l'un des plaideurs la propriété d'une chose qui leur appartenait en commun, ou qui même appartenait exclusivement à l'adversaire. Exemple : QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDICATO. L'adjudication ne se rencontre que dans les trois actions divisoires, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum ;* et elle imprime à ces trois actions des caractères tout particuliers, qui,

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 47.

(2) *Voy.* Livre III, chap. I, *quatrième division.*

sous le nom d'actions *mixtes* ou *doubles*, en font une classe à part (1).

§ 176. — IV. *Condemnatio.*

C'est la partie de la formule par laquelle le magistrat donne au juge le droit de condamner ou d'absoudre : au reste, le pouvoir de condamner comprend implicitement celui d'absoudre, et réciproquement (2). En voici quelques exemples : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE. — QUIDQUID OB EAM REM N.N. A.A. DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EJUS, ID JUDEX N.N. A.A. CONDEMNATO ; SI NON PARET, ABSOLVITO. — QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX N.N. A.A. CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO.

I. Comme il est facile de s'en convaincre à la seule inspection de ces formules, la *condemnatio* confère au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur; mais elle ne lui attribue aucun pouvoir sur le demandeur : de telle sorte que le plus grand danger auquel celui-ci se trouve exposé, se réduit à voir absoudre son adversaire. Telle est, en effet, la conséquence logique de la formule considérée seule et en elle-même. Mais un tel état de choses, s'il eût été admis d'une manière absolue, aurait présenté bien des inconvénients.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 42. — *Voy.* Livre III, chap. I, *cinquième division*, ce que je dis des actions *mixtes*.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 43. — Paul., L. 3, ff., *de Re jud.* — Ulpian., L. 37, ff., *de Regul. Jur.*

D'une part, c'eût été encourager les hommes de mauvaise foi à intenter les procès les plus injustes; puisque le seul risque qu'ils auraient eu à courir se serait borné au mal purement négatif de ne pas réussir. D'autre part, on comprend que, très souvent, même quand la demande est juste, le défendeur puisse avoir à élever, contre le demandeur, des réclamations de nature à venir en déduction de la demande; et il eût été fâcheux que la rigueur des formules élevât un obstacle à ce qu'il fût statué, par un seul et même jugement, sur toutes ces prétentions opposées.

II. Contre le premier de ces inconvénients les Romains avaient établi des mesures pleines de prévoyance: l'action *de calumnia,* le *judicium contrarium,* les *stipulationes,* etc., dont nous traitons avec détail dans le septième livre de cet ouvrage. (*Peines contre les plaideurs téméraires ou de mauvaise foi.*)

III. Quant aux réclamations que le défendeur pouvait avoir à former contre le demandeur, il avait, du moins en général, le choix ou de les réserver pour en faire l'objet d'une instance séparée, devant un juge distinct; ou de les faire valoir dans le cours de l'instance engagée sur la demande principale et devant le juge saisi de cette demande.

1° Si le défendeur adopte le premier de ces deux partis, il ne peut s'élever aucune difficulté; et l'instance qu'il engagera plus tard ne sera qu'un procès ordinaire; car il n'y a pas de motif pour qu'un procès, que vous m'avez intenté et qui a été jugé, ait la moindre influence sur un procès

tout différent que je dirige plus tard contre vous.

2° Quand le défendeur choisit le second parti, l'affaire peut se présenter sous divers aspects.

Si l'objet de la réclamation élevée par le défendeur est *compensable* (1) avec la demande principale, la compensation sera admise par le juge, soit en vertu de ses pouvoirs généraux, si l'action est de *bonne foi*; soit en vertu de l'exception que le défendeur aura eu soin de faire insérer dans la formule, si l'action est de *droit strict* (2): et alors la contre-créance du défendeur viendra en déduction de la condamnation réclamée par le demandeur.

Si, au contraire, les objets des deux demandes ne sont pas compensables; ou bien encore si, l'action principale étant de droit strict, le défendeur n'a pas eu le soin de faire insérer dans la formule une exception relative à la compensation, le défendeur pourra demander au magistrat une action qui renvoie sa *demande reconventionnelle* devant le juge saisi de la demande principale (3): et alors le juge, en prononçant en même temps sur l'une et l'autre demande, pourra condamner le demandeur, si le montant de la demande reconventionnelle se trouve supérieur à celui de la demande principale.

(1) *Voy.*, livre III, chap. II, ce qui est dit de l'exception de *compensation*.

(2) *Voy.*, livre III, chap. I, *neuvième division*, la différence entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict. — Cf. ci-après, § 182.

(3) *Voy.* ci-après, § 189.

Mais quand la contre-créance du défendeur n'était soumise au juge que par voie d'*exception* (de *compensation*), je ne pense pas que, dans les anciens principes, le juge eût pu *condamner* le demandeur ; alors même que le chiffre de la contre-créance eût été supérieur à celui de la créance principale. Justinien attribue, il est vrai, une opinion différente à Papinien ; mais je crois que Justinien a mal compris Papinien, et que ce jurisconsulte avait décidé, non pour le cas où le défendeur fait valoir sa contre-créance par voie d'*exception*, mais bien pour celui où il porte sa contre-créance, par *action reconventionnelle*, devant le juge qui est déjà saisi de la demande principale : cas dans lequel le juge trouve dans la seconde formule, pour condamner le demandeur originaire, un pouvoir que ne lui donnerait pas la première formule. Voici les termes de la constitution de Justinien : la décision qu'elle renferme me semblerait inexplicable sous le système formulaire; mais elle n'a rien qui doive étonner dans la procédure du Bas-Empire : « Cum Papinianus summi ingenii vir « in quæstionibus suis rite disposuerit, non solum « judicem de absolutione rei judicatæ, sed et ipsum « actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, « condemnare : hujusmodi sententiam non solum « roborandam, sed etiam augendam esse sancimus : « ut liceat judici, vel contra actorem ferre senten- « tiam, et aliquid eum daturum, vel facturum pro- « nunciare, nulla ei opponenda exceptione, quod « non competens judex agentis esse cognoscatur.

« Cujus enim in agendo observat arbitrium, cum « habere et contra se judicem in eodem negotio « non dedignetur (1). »

§ 177. Continuation. — Du principe que toute condamnation devait être pécuniaire.

Un principe très-remarquable, particulier à la procédure formulaire, veut que la condamnation soit toujours pécuniaire. Ainsi, même quand je réclame un corps certain, le juge ne peut condamner le défendeur à donner ou à restituer la chose en nature; mais il doit estimer en argent l'objet du litige, et condamner à la somme qui forme le montant de l'estimation. Tel est du moins le témoignage formel de Gaius : « Omnium autem « formularum quæ condemnationem habent (2) ad « pecuniariam æstimationem condemnatio concepta « est : itaque, etsi *corpus aliquod petamus*, velut « fundum, mancipium, vestem... Judex *non ipsam* « *rem* condemnat eum cum quo actum est, sicut « *olim* (3) fieri solebat, sed æstimata re *pecuniam* « eum condemnat (4). »

Cette règle a paru si bizarre que plusieurs inter-

---

(1) Justinian., L. 14, C., *de Sentent. et interl.*

(2) En effet, dans les formules qui contiennent *adjudication,* le juge est investi du pouvoir d'attribuer à celle des parties que bon lui semble la propriété de la chose en litige : c'est une attribution *en nature.*

(3) *Olim...* Gaius fait sans doute allusion à la procédure ancienne des actions de la loi.

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 48.

prètes n'ont pu se décider à l'accepter, quelque formel que soit le texte de Gaius. Ces auteurs se fondent principalement sur un texte d'Ulpien, inséré au Digeste, et qui est ainsi conçu : « Qui restituere « jussus, judici non paret contendens non posse « restituere, si quidem habeat rem, *manu militari*, « officio judicis ab eo possessio transfertur; et fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condem« natio fit (1). » — J'ai déjà fait remarquer que ce passage ne pouvait détruire l'assertion si explicite de Gaius. (*Voyez* § 10.) En supposant que le texte d'Ulpien n'ait pas été altéré par Tribonien, tout au plus pourrait-on en conclure qu'au temps d'Ulpien on avait abandonné le principe qui était en vigueur auparavant.

Dans tous les cas, et quelle que soit la manière dont est conçue la *condemnatio* de la formule, le juge doit toujours prononcer une condamnation déterminée, comme nous le verrons plus tard en parlant de la sentence du juge. (*Voyez* ci-après, § 228 et suiv.)

§ 178. Continuation. — *Condemnatio certæ* ou *incertæ pecuniæ*.

La condamnation est tantôt *certæ pecuniæ*, tantôt *incertæ pecuniæ*; et, dans ce dernier cas, elle est ou *infinita*, ou *cum taxatione*.

La *condemnatio* est *certæ pecuniæ*, quand la formule fixe la somme à laquelle le juge devra con-

(1) Ulpian., L. 68, ff., *de Rei vind.*

damner, sans pouvoir s'en écarter, ni en plus, ni en moins, sous peine de faire le procès sien : JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEM MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE (1). Cette *condemnatio* suppose, ou une *intentio* qui tend *ad certam pecuniam* (2), ou une *intentio in factum* qui a pour but une peine déterminée d'avance par la loi (3).

La *condemnatio* est *incertæ pecuniæ cum taxatione*, ou *cum præfinitione*, quand le magistrat fixe un *maximum* que le juge ne pourrait dépasser sans faire le procès sien, mais qui lui laisse la liberté de condamner à une somme moindre; cette limitation est exprimée par le mot *dumtaxat :* JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUMTAXAT DECEM MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE (4). Cette taxation a lieu ordinairement quand la réclamation ne porte, ni sur une *certa pecunia,* ni sur une autre *certa res*, mais bien quand *incertum petimus* (5). — La *condemnatio* était *incertæ pecuniæ infinita,* quand elle laissait au juge un pouvoir illimité pour fixer la somme à laquelle il pourra condamner; par exemple: QUANTI EA RES ERIT, JUDEX TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGE-

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 50, 52.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 50.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 46. — Ulpian., L. 12 et 24, *de In jus voc.*

(4) Gaius, *Comm.* IV, § 51.

(5) Gaius, *loc. cit.* — Cicero, *pro Tullio,* 7. — Paul., L. 39, ff., *de Oper. libert.* — Gaius, *Comm.* III, § 224.

RIO CONDEMNATO, ou celle-ci : QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, EX FIDE BONA EJUS, ID JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. La *condemnatio* était *incertæ pecuniæ infinita*, dans les actions *in rem* et *ad exhibendum* (1), et, sans doute aussi, dans toutes les autres actions arbitraires.

Au surplus, que la somme soit ou non fixée dans la condamnation, le juge, en prononçant la sentence, doit toujours condamner à une somme déterminée (2).

§ 179. Continuation. — De quelques circonstances qui pouvaient limiter la *condemnatio*.

Outre les restrictions dont nous venons de parler, il y avait encore d'autres circonstances qui pouvaient limiter la condamnation, et par suite desquelles, quoique la demande fût justifiée dans toutes ses parties, le débiteur ne devait pas être condamné pour le tout (*in solidum*); en voici quelques exemples.

Le père de famille, poursuivi à raison des obligations contractées, sans son ordre, par les personnes soumises à sa puissance, ne pouvait être condamné que jusqu'à concurrence de ce dont il avait profité (*de eo quod in rem ejus versum est*), et du pécule de celui qui avait contracté la dette (*de peculio*).

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 51. — Paul., L. 18, ff., *de Dolo.* — Ulpian., L. 68, ff., *de Rei vind.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 52. — § 31, Instit., *de Actionib.*

Le défendeur qui jouissait du bénéfice de *compétence* ne pouvait, en général, être condamné que *in id quod facere potest* (1).

Pareillement, quand un père de famille était actionné à raison des délits des personnes soumises à sa puissance, le juge ne devait le condamner que sous une alternative : PUBLIUM MÆVIUM LUCIO TITIO DECEM AUREOS CONDEMNO AUT NOXAM DEDERE (2).

Enfin, dans les actions dites *arbitraires*, le juge ne devait condamner le défendeur qu'autant que celui-ci refusait de donner satisfaction au demandeur (3).

§ 180. — Rapports entre les parties principales de la formule. — Si ces diverses parties étaient également nécessaires.

Le plus souvent la formule ne contient pas toutes les quatre parties que nous venons de définir.

Ainsi que nous l'avons déjà vu, l'adjudication ne se rencontre que dans les trois actions divisoires.

Dans les actions *in factum*, la démonstration se confond avec l'intention (§ 174) ; et la formule se compose seulement de l'*intentio* et de la *condemnatio*.

On ne rencontre donc les trois parties, *demonstratio, intentio* et *condemnatio*, que dans les actions

(1) § 37, 38 et 40, Instit., *de Actionib.* — *Voy.* aussi Livre III, chap. II.

(2) § 1, Instit., *de Offic. jud.*

(3) § 31, Instit., *de Actionib.* (*Voy.* aussi, dans le IIIe livre, chap. I, *neuvième division*, ce qui est dit des actions *arbitraires*.)

in jus, et encore cela n'arrive-t-il pas toujours. En effet, la *demonstratio* est inutile quand l'action est *in rem*, parce que le droit réel est toujours le même, quelle que soit sa cause ou son origine (1). Il en est de même dans l'action *in personam*, qui tend à obtenir un *certum*, ou du moins une *certa pecunia*; car le motif, la base de cette prétention, n'a pas besoin d'être indiqué (2).

Si maintenant nous recherchons quelle est la valeur relative des parties de la formule, il est évident que la démonstration, l'adjudication et la condamnation, ne peuvent jamais se trouver seules, c'est-à-dire sans *intentio*.

En effet, l'*intentio* c'est la prétention du demandeur : or, là où il n'y aurait pas de prétention élevée, il n'y aurait pas de procès, et, partant, pas de formule : l'*intentio* est donc la partie fondamentale. L'*intentio* doit naturellement être accompagnée de la *condemnatio* : à quoi servirait, en effet, de soumettre au juge l'examen des prétentions du demandeur, si ce juge ne recevait pas en même temps le pouvoir de condamner le défendeur?

Il est cependant des cas dans lesquels l'*intentio* n'est point suivie de *condemnatio* : la formule, ainsi réduite à la seule *intentio*, prend alors le nom de *præjudicium* ou *d'action préjudicielle* (3). Cela

---

(1) Paul., L. 14, § 2, ff., *de Except. rei jud.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 34, 36, 41, 43. — Cicero, *in Verr.*, II, 12; *pro Q. Roscio*, c. 14.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 44.

arrive quand il est nécessaire de faire statuer sur certaines questions de droit qui feront plus tard l'objet d'un *judicium* proprement dit. Par exemple : un patron se plaint d'être cité *in jus* par son affranchi, sans que celui-ci en ait obtenu la permission du magistrat; mais l'affranchi se prétend ingénu : avant d'accorder la formule demandée (1), le préteur renverra les parties devant un juge pour faire statuer sur la question d'État : le *præjudicium* donné en cette occasion sera ainsi conçu : SI PARET PAMPHILUM ESSE LIBERTUM MÆVII. — Au reste, les *præjudicia* ne sont pas toujours des instances préparatoires; ils peuvent aussi avoir lieu comme question principale et indépendante de toute autre (2).

Mais, hors les cas des actions préjudicielles, l'*intentio* n'aurait pas de sens si elle n'était accompagnée de la *condemnatio* : aussi y a-t-il entre ces deux parties la connexité qui existe entre la cause et l'effet. Toutefois, en se rappelant que toute *condemnatio* est pécuniaire, même dans les actions *in rem*, on s'aperçoit facilement que, dans ce genre d'actions, la *condemnatio* ne correspond que très-indirectement à l'*intentio;* en effet, à cette question : *Si paret rem esse Titii*, la réponse naturelle serait : *Res est Titii*, ou bien encore, *condemno Mævium ad rem restituendam Titio*, et non pas la condamnation de l'adversaire à une somme pécu-

(1) Elle est rapportée ci-dessus, pag. 24.

(2) Ulpian., L. 6, ff., *Si ingenu.*

naire (1). Il est vrai que la condamnation à la somme d'argent, n'étant prononcée qu'autant que le défendeur refuse de restituer, *nisi restituat* (2), pourrait aussi être considérée comme une peine. — Au reste, le défaut d'harmonie entre l'*intentio* et la *condemnatio*, dans les actions *in rem*, autorise à conjecturer que peut-être, dans l'origine, les formules furent imaginées exclusivement pour les actions *in personam*.

Plusieurs ont pensé que, dans les actions divisoires, l'adjudication remplaçait la condamnation ; mais il paraît, au contraire, que la formule contenait tout à la fois et la condamnation et l'adjudication (3). En effet, l'*adjudicatio* peut bien conférer au juge le pouvoir d'attribuer la propriété des choses à partager ; mais elle ne comporte pas, du moins dans sa signification grammaticale et naturelle, le pouvoir de condamner l'une des parties à une somme quelconque : et, cependant, si le juge ne peut former des lots égaux, il faut bien que, pour compenser l'inégalité des parts en nature, il ait le pouvoir de condamner à une soulte celle des parties à laquelle il attribue un lot trop fort : c'est à cela que sert la *condemnatio* qui sans doute était insérée, à la suite de l'*adjudicatio*, sous une forme conditionnelle.

(1) *Voyez* cependant, dans le III[e] livre, chap. I, *cinquième* division, la formule de l'action *in rem*.

(2) *Voy.*, livre III, chap. I, *cinquième* et *neuvième* division, ce qui est dit des actions *in rem* et des actions *arbitraires*.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 44 in fin.

III. *PARTIES ACCESSOIRES.*

§ 181. — Quelles sont les diverses parties accessoires des formules.

Ces parties, qui peuvent accidentellement figurer dans la formule, sont, d'une part, les *exceptions*, *répliques*, *dupliques*, *tripliques*, etc.; d'autre part, les *prescriptions*. — Nous appelons ces parties *accessoires* (*adjectiones*), parce que, à la différence de celles dont nous avons parlé jusqu'ici, elles ne sont pas une conséquence directe et nécessaire de la demande; et qu'elles ne figurent qu'accidentellement, dans la formule, à raison de diverses circonstances plus ou moins étrangères à la demande considérée en elle-même.

§ 182. — I. Exceptions.

Quand l'*intentio* est prouvée, le juge doit condamner; sans pouvoir, du moins en général, s'occuper d'allégations qui seraient étrangères à la question posée dans l'*intentio*.

Si donc le défendeur n'entend se défendre que par la contradiction de l'*intentio*, en déniant qu'elle soit fondée, il n'est pas nécessaire de rien ajouter à la formule: le débat devant le juge s'engagera librement sur toutes les questions de fait et de droit qui peuvent naître de l'*intentio*. — Dans une action réelle, par exemple, le défendeur soutiendra que la chose revendiquée n'a jamais appartenu au demandeur, ou que, du moins, elle a cessé de lui appartenir; et, à cette occasion, on pourra discuter

les principes du droit civil sur les manières d'acquérir et de perdre la propriété. — Dans une action personnelle, la défense consistera à soutenir que l'obligation n'a jamais existé, ou que du moins elle s'est éteinte.

Mais l'*intentio* peut être fondée en droit civil; et cependant la condamnation, qui en serait la conséquence, se trouver contraire à l'équité et aux principes du droit prétorien (1). Par exemple, la promesse extorquée par violence ou surprise par dol n'en est pas moins obligatoire, d'après le droit civil; et pourtant il serait inique de condamner le défendeur à acquitter une telle obligation (2). Cependant le juge, obligé de décider conformément aux principes du droit civil (3) les questions résultant de l'*intentio*, ne pourrait, sans excéder ses pouvoirs, prendre en considération des motifs d'équité que ce droit ne reconnaît pas. En conséquence, si le défendeur veut pouvoir se servir, devant le juge, de moyens fondés sur l'équité, il doit, pendant qu'il est encore *in jure*, articuler ces moyens, et demander que le magistrat modifie le mandat du juge en l'autorisant, par une clause spéciale placée à la suite de la formule, à absoudre, dans le cas où la condamnation, fondée en droit strict, conduirait à une iniquité. Cette restriction au pouvoir de condamner, que la formule pure et simple con-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 116 et 117.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 118.

(3) *Voyez* ce que nous disons de l'office du juge, §§ 231 et 232.

fère au *judex*, a reçu avec raison le nom d'*exception;* c'est, en effet, une exception à la condamnation : « Exceptio dicta est quasi quædam exclusio... « ad excludendum id quod in intentionem condem- « nationemve deductum est (1). »

L'exception est toujours conçue en forme de condition négative : SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT; et encore celle-ci : SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR (2). Par l'insertion d'une exception dans la formule, la condamnation se trouve donc subordonnée à une double condition : la première, que le demandeur prouvera sa demande (3); la seconde, que le défendeur ne pourra prouver son exception (4).

Au surplus, la demande de l'exception n'emporte pas acquiescement à la prétention du demandeur formulée dans l'*intentio* (5) : de même que chez nous, les conclusions *subsidiaires* n'entraînent pas renonciation aux conclusions *principales;* quoique, bien souvent, ces diverses conclusions paraissent s'exclure mutuellement.

Dans les actions dites de *bonne foi*, le juge étant investi du pouvoir d'apprécier l'*intentio*, non d'a-

(1) Ulpian., L. 2, ff., *de Except.*
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 119. — Paul., L. 22, ff., *de Except.*
(3) Diocl. et Max., L. 9, C., *de Except.* — Ulpian., L. 1, ff., *eod. tit.;* L. 1 et 9, pr., ff., *de Probat.*
(4) Anton., L. 4, C., *de Edendo.*
(5) Marcell., L. 9, ff., *de Except.*

près les principes du droit strict, mais d'après les règles de l'équité (*ex bona fide*), l'insertion dans la formule d'exceptions fondées sur l'iniquité de la demande devient inutile; puisque, d'après la nature même du mandat qui lui est donné, le juge ne doit condamner qu'autant que l'*intentio* lui paraîtra conforme à l'équité (1).

§ 183. Continuation. — Fondement juridique des exceptions.

Jusqu'à présent l'exception nous est apparue comme fondée sur la nécessité de modifier les résultats souvent trop rigoureux du droit civil, en soumettant au juge l'appréciation de circonstances que ce droit ne reconnaît pas, et que, par conséquent, le juge ne pourrait prendre en considération sans un mandat spécial. Sous ce point de vue, l'exception dériverait toujours de la juridiction *prétorienne* : et on ne conçoit guère, en effet, qu'il pût en être autrement. En effet, si les allégations du défendeur étaient de nature à valoir d'après le droit civil, il arriverait de deux choses l'une : ou bien la vérité de ces allégations serait avouée *in jure*, et alors le préteur refuserait l'action; ou bien elle serait contestée, et alors le préteur renverrait les parties devant un juge qui trouverait, dans la nature même du mandat général qui lui est confié (*officium*), et sans qu'une exception fût nécessaire, tous les pouvoirs suffisants pour ap-

(1) Ulpian., L. 21, ff., *Solut. matrim.* — Julian., L. 84, § 5, ff., *de Legat.*, 1.

précier et prendre en considération des moyens reconnus par le droit civil.

Cependant nous trouvons des exceptions qui reposent sur des sources de droit civil (1), sur des sénatus-consultes (2), sur des constitutions impériales (3), et même sur des lois proprement dites (4). Pour expliquer cette singularité, M. Du Caurroy a dit que le préteur mettait en exception l'allégation du défendeur, pour se dispenser d'en examiner la vérité : mais cette explication élude la difficulté et ne la tranche pas ; car l'office du juge comprenant la faculté d'apprécier les moyens du droit civil, il est inutile de faire de ces moyens l'objet d'une clause spéciale (exception) ; l'*intentio* est suffisante.' — Nous pensons expliquer mieux cette difficulté, en disant que les auteurs des lois, constitutions ou sénatus-consultes dont il s'agit, craignant de jeter, par leurs innovations, une trop grande perturbation dans le droit civil, auront préféré imiter le droit prétorien, et laisser subsister *en théorie* le droit du demandeur dans toute son intégrité, tout en fournissant au défendeur un moyen

---

(1) L'exception *rei judicatæ ;* celle de *justi dominii* contre l'action publicienne.

(2) L'exception *restitutæ hereditatis* du SCte Trébellien ; celle du SCte Macédonien.

(3) L'exception de *division* accordée aux fidéjusseurs par le rescript d'Adrien ; l'exception de *compensation* introduite par Marc-Aurèle pour les actions de droit strict.

(4) L'exception de cession de biens établie par la loi *Julia ;* l'exception de la loi *Cincia*.

de s'en garantir, dans la *pratique,* à l'aide d'une exception.—Au surplus, cette tournure indirecte n'empêche pas que l'action ne soit totalement refusée, quand le fait sur lequel repose l'exception est avoué par le demandeur. Ceci explique comment le même fait donne lieu tantôt au refus de l'action, tantôt à une exception qui suppose nécessairement l'action accordée (1).

§ 184. — II. Répliques, dupliques, tripliques, etc.

La réplique est à l'exception ce que l'exception est à l'*intentio.*—Le demandeur, pour se garantir des effets de l'exception, peut toujours nier le fait sur lequel elle repose; et alors il n'est pas besoin de rien ajouter à la formule. Mais pour le cas où le défendeur établirait son exception, le demandeur peut aussi faire valoir des moyens en dehors de la vérité ou de la fausseté de cette exception : pour cela, il doit demander l'addition d'une réplique.

En effet, l'exception, qui, au premier aspect, paraît équitable, peut n'être, en définitive, qu'un obstacle inique à la prétention du demandeur. Par exemple, un créancier est convenu avec son débiteur qu'il ne lui demanderait pas de payement; puis il a fait avec lui une convention contraire, c'est-à-dire qu'il pourrait exiger ce payement : si le défendeur invoque l'exception fondée sur le premier pacte,

(1) § 7, Inst., *Quod cum eo.* — Ulpian., L. 1; L. 7, § 4, 6, 7 et 8, ff.,*de SC*[to] *Maced.* — § 4, Instit., *de Fidej.* —Paul, L. 28, ff., *eod. tit.*

le demandeur pourra en détruire l'effet par une réplique fondée sur le pacte postérieur. La formule sera alors ainsi conçue : *action* : SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO MILLIA SESTERTIUM CONDEMNA; *exception* : SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR; *réplique* : SI NON POSTEA CONVENIT UT EAM PECUNIAM PETERE LICERET (1).

La réplique peut à son tour être paralysée par une duplique insérée sur la demande du défendeur; la duplique, par une triplique, et ainsi de suite (2).

En résumé, on voit que l'*intentio*, l'*exceptio*, la réplique, la duplique, etc., forment une chaîne de propositions subordonnées les unes aux autres : si le demandeur ne prouve pas son *intentio*, le juge doit absoudre, sans s'inquiéter des exceptions; si l'intention est prouvée, le juge, avant de condamner, doit examiner l'exception. Si l'exception n'est pas prouvée, il doit condamner sans avoir à s'occuper de la réplique qui devient inutile; si, au contraire, l'exception est vérifiée, le juge doit absoudre, à moins qu'il n'y ait une duplique, et ainsi de suite; de telle façon qu'à chaque anneau de la chaîne, se reproduit l'alternative de la condamnation ou de l'absolution.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 126.
(2) Gaius, *Comm.* IV, § 127, 128.

§ 185. — III. Prescriptions.

Les prescriptions étaient des clauses ajoutées à la formule, tantôt dans l'intérêt du demandeur, tantôt dans celui du défendeur (1) : elles étaient ainsi appelées parce qu'elles étaient inscrites en tête de la formule.

§ 186. Continuation. — Prescriptions dans l'intérêt du demandeur.

Les prescriptions étaient fort utiles au demandeur, quand la réclamation avait pour objet une partie seulement des prestations successives auxquelles il pouvait avoir droit. Ainsi vous me devez 100 sesterces par an ; si j'agissais contre vous par l'action *incerti* : QUIDQUID OB EAM REM DARE FACERE OPORTET, l'obligation toute entière serait déduite *in judicium ;* parce que les conséquences multiples d'une obligation principale ne sont pas regardées comme formant chacune un droit distinct (2). Je ne pourrais toutefois obtenir que les termes échus; et, cependant, quand, plus tard, je voudrais réclamer les termes postérieurs, mon action se trouverait éteinte *ipso jure*, à cause de la novation qui, comme nous le verrons plus

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, 132.

(2) Paul., L. 15 et 16, ff., *de Negot. gest.*; L. 35, § 7, *de Mort. caus. donat.*

tard, résulte de la *litis contestatio*, ou tout au moins le débiteur pourrait me repousser par l'exception *rei in judicium deductæ*. — Pareillement, si vous m'avez vendu une chose *mancipi*, j'ai deux obligations à réclamer de vous: la mancipation et la tradition. Si j'agissais *ex emto* pour obtenir la mancipation, la totalité de mon droit étant déduite *in judicium*, je serais plus tard non recevable à agir pour obtenir la tradition. — Dans ces cas, et autres semblables, pour éviter les inconvénients d'une demande trop vague, qui compromettrait l'avenir, je dois restreindre ma prétention : tel est l'objet des prescriptions insérées pour le demandeur. Ainsi, dans le premier exemple cité, le préteur, sur ma demande, inscrira, en tête de la formule, la prescription EA RES AGATUR CUJUS DIES FUIT; dans le second, EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO (1).

Au surplus, comme en agissant par action *incerti* je ne puis encourir la peine attachée à la pluspétition, le danger d'agir sans prescription ne porterait que sur les termes à échoir, et non sur les termes échus (2).

Dans l'*intentio*, il faut nommer celui contre qui on agit, dans la prescription celui avec qui on a contracté. Par exemple, j'agis contre vous à raison d'une promesse qui m'a été faite par votre

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 131. — Cicero, *de Finib.*, II, 2; *de Orat.*, I, 37.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 54.

esclave; votre nom figurera dans l'*intentio*, celui de votre esclave dans la *præscriptio* (1).

Quelquefois la *præscriptio* se confond avec la *demonstratio* et la remplace (2).

§ 187. Continuation. — Prescriptions dans l'intérêt du défendeur.

Quant aux prescriptions inscrites dans l'intérêt du défendeur, elles étaient tombées en désuétude dès le temps de Gaius, et s'étaient transformées en exceptions (3). Ces prescriptions avaient pour objet d'empêcher que la décision à rendre sur la question actuellement en litige ne préjugeât, c'est-à-dire ne décidât implicitement une autre question plus grave, qui ne doit pas être ainsi jugée par avance (4). Pour parer à cet inconvénient, le préteur ajoutait à la formule, autrefois en forme de prescription, et au temps de Gaius en forme d'exception, les clauses : EA RES AGATUR QUOD PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT; QUOD PRÆJUDICIUM FUNDO PARTIVE EJUS NON FIAT (5).

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 134, où, suivant la remarque de Savigny, il faut lire *facto* au lieu de *pacto*.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 136.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 133.

(4) Nerat., L. 21, ff., *de Except.* — Paul., L. 54, ff., *de Jud.*

(5) Gaius, *Comm.* IV, § 133. — Ulpian., L. 25, § 17, *de hæred. pet.* — Afric., L. 16 et 18, ff., *de Except.* — Conf. Callist., L. 37, ff., *de Judic.* — Marcian., L. 5, § 1, ff., *ad Leg. Jul. de vi publ.* — Ulpian., L. 104, *de Reg. jur.* — Constantin., L. 4, C., *de Ord. jud.* — Anton., L. 2, *eod* —

§ 188. Continuation. — En quoi les prescriptions diffèrent des exceptions.

Les prescriptions, considérées comme un genre particulier d'exceptions, ont donc un nom (*præjudicium*) et une tournure particulière (*quod* au lieu de *si non*); cependant on les trouve aussi désignées sous le nom d'exceptions, et avec la forme de rédaction propre à ces dernières (1).

Mais en quoi les prescriptions diffèrent-elles des exceptions ordinaires? M. Zimmern, s'appuyant sur des textes de Quintilien (2), d'Aurelius Victor (3) et

Diocl. et Max., L. 5 et 6, C., *de Ord. cogn.*— Alex., L. 1 et 3, *eod. tit.*

(1) Ulpian., L. 25, § 17, ff., *de Hæred. petit.*—Gaius, L. 1, § 1, ff., *Fam. erc isc.* — Julian., L. 13; — Afric., L. 16 et 18, ff., *de Except.*

(2) Quintil., *Instit. orat.*, VII, 5: «Qui neque fecisse se «negabit, neque aliud esse, quod fecerit, dicet, neque fac-«tum defendet, necesse est, in suo jure consistat: in quo «plerumque actionis est quæstio: quæ non semper eadem «est, ut quidam putaverunt: nam et judicium antecedit, «qualia sunt præturæ curiosa consilia, quum de Jure accu-«satoris ambigitur; et in ipsis frequentissime judiciis ver-«satur: est enim duplex ejus disceptationis conditio, «quod aut intentio, aut præscriptio habet controversiam: «ac fuerunt, qui præscriptionis statum facerent, tanquam «ea non iisdem omnibus, quibus cæteræ leges, quæstioni-«bus contineretur. *Quum ex præscriptione lis pendet, de «ipsa re quæri non est necesse:* ignominioso filius præscri-«bit: de eo solo judicatio est, an liceat? quoties tamen «poterimus, efficiendum est, ut de re quoque bene sentiat: «sic enim juri nostro libentius indulgebit.»

(3) Aurel. Vict., *Ars rhet.*, IV, 1: «Potius enim est, si litis

de Caracalla (1), prétend que la différence consiste en ce que, par l'effet de l'exception, le juge doit absoudre; tandis que, si la prescription est établie, il ne doit ni absoudre ni condamner, mais s'abstenir. Mais, d'un côté, les deux premiers textes sur lesquels s'appuie M. Zimmern paraissent particuliers à l'exception *fori*, et le troisième est peu concluant; d'un autre côté, Gaius ne nous annonce aucune différence; enfin Dioclétien indique formellement la prescription comme conduisant à l'absolution du défendeur (2).

En parlant, dans le troisième livre, des actions *præscriptis verbis*, nous rechercherons s'il y a quelques rapports entre ces actions et celles en tête desquelles peuvent se trouver des *præscriptiones*.

§ 189. — Comment on procédait quand il y avait plusieurs défendeurs, plusieurs demandeurs ou plusieurs demandes entre les mêmes parties (*judicium commune*).

Dans tout ce qui précède, nous avons raisonné dans l'hypothèse la plus simple, à savoir, pour le

---

« conditio patitur, adversarium ab actione depellere, quam « cum intentionibus ejus conluctari. »

(1) Antonin. Caracalla, L. 5, C., *de Pignor. et hypoth.* : « Præses provinciæ vir clarissimus jus pignoris tui exe- « quentem te audiet. Nec tibi oberit sententia adversus de- « bitorem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario « tuo, aut (ut dicis) non causa cognita, *sed præscriptione* « superatum esse constiterit. »

(2) Diocl. et Max., L. 9, C., *de Præscr. long. temp.* : « Emptor « bona fide contra præsentem decennii præscriptione, (in)

cas où le litige ne comprend qu'une seule demande entre un seul demandeur et un seul défendeur. Il faut examiner maintenant comment le système formulaire pouvait s'accommoder aux cas, plus compliqués, où il y avait pluralité, soit de demandeurs, soit de défendeurs, soit de demandes.

Dans tous ces cas, il ne paraît pas que la jonction des diverses demandes fût prononcée par le magistrat; ni surtout qu'on rédigeât une formule collective embrassant toutes les parties et toutes les demandes. Il paraît positif, au contraire, qu'il y avait autant de formules que de demandeurs, de défendeurs ou de demandes: seulement, dans toutes ces formules individuelles, le magistrat avait soin d'indiquer le même juge, afin d'avoir sinon une seule et même sentence, au moins une seule et même instance (*judicium commune*). On évitait ainsi et la perte de temps et le scandale qui aurait pu résulter de sentences contradictoires. C'est ce que nous apprend Quintilien : « Privata quoque judicia sæpe « unum judicem habere multis et diversis formulis « solent : nec aliæ species erunt, etiam si unus a « duobus duntaxat eandem rem atque ex eadem « causa petet, aut duo ab uno, aut plures a pluri- « bus, quod accidere in hereditariis litibus interim « scimus. Quia, quamvis in multis personis, causa

---

« cujus initio contestationem haberi sufficit, posteaquam « suam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione « justæ possessionis defensus, absolvi recte postulat. »

« tamen una est, nisi conditio personarum quæs-
« tiones variaverit (1). »

On trouve des exemples de *judicium commune* :

1° Dans le cas où, pendant le litige, même postérieurement à la *litis contestatio*, le défendeur forme, de son côté, contre le demandeur, une demande reconventionnelle (2) qui ne puisse être présentée sous forme de compensation (3), et pour laquelle, d'ailleurs, le magistrat, qui a délivré l'action principale, serait également compétent (4). — Le juge, quoique saisi par deux formules distinctes, est tenu de prononcer en même temps sur les deux demandes (5).

2° En matière de partage, quand des hérédités différentes étaient à partager entre les mêmes personnes (6).

---

(1) Quintil., *Instit. orat*, III, 10.

(2) Papinian., L. 18 ff., *de Compensat.*

(3) Soit parce que l'objet de cette demande reconventionnelle n'est pas compensable avec l'objet de la demande principale; soit parce que, la demande principale étant de droit strict, le défendeur a omis de faire insérer dans la formule l'exception de compensation.

(4) *Voyez* ce que nous avons dit ci-dessus, § 134, en parlant du *forum reconventionis*. — Cf. Justinian., L. 14, C., *de Sentent. et interloc.*

(5) Macer., L. 1, § ult., ff., *Quæ sentent. sine appell.* — Cf. Gaius, L. 18, § 4, ff., *Commod.*

(6) Pompon., L. 1, ff., *de Quib. reb. ad eundem jud.* — Paul., L. 25, § 3, 4 et 5, ff., *Famil. ercisc.* — Ulpian., L. 52, § 14, ff., *pro Socio.* — A l'inverse, il n'y avait pas lieu de renvoyer au même juge, même pour une seule hérédité,

3° Lorsque l'un des tuteurs, actionné en raison de la tutelle, demande contre ses cotuteurs le bénéfice de division (1).

4° Le renvoi à un même juge était surtout nécessaire, dans les cas où la contradiction des jugements aurait conduit à d'inextricables embarras, par exemple dans les questions d'État, et principalement dans les questions de liberté : « Si plures « sibi dominium servi vindicant, dicentes esse « communem : ad eundem judicem mittendi erunt. « Et ita Senatus censuit. Cæterum si unusquisque « *suum esse in solidum,* non in partem, dicat : cessat « senatusconsultum. Neque enim timor est, ne varie « judicetur : cum unusquisque solidum dominium « sibi vindicet. — Sed et si alter usumfructum to- « tum, alter proprietatem servi vindicet : item si « alter dominium, alter pignoratum sibi dicat : idem « judex erit. Et parvi refert, ab eodem, an ab alio « ei pignori datus sit (2). »

Mais, le plus souvent, les questions d'État forment une question *préjudicielle,* qui doit être préalablement décidée : « Si mater et filius de libertate « litigant : aut *conjungenda* sunt utrorumque judi- « cia, aut *differenda* est causa filii, donec de matre « constet : sicut divus quoque Hadrianus decrevit.

---

quand tous les cohéritiers n'étaient pas sujets à la compétence du même magistrat : Ulpian., L. 2, § 4, ff., *Famil. ercisc.* — Diocl. et Maxim., L. 17, C., *eod.*

(1) Papinian., L. 2, ff., *de Quib. reb. ad eund. jud.* — Cf. Gordian., L. 5, C., *Arbitr. tut.*

(2) Ulpian., L. 8, § 1 et 2, ff., *de Liberali causa.*

« Nam cum apud alium judicem mater litigabat, « apud alium autem filius : Augustus dixit ante de « matre constare oportere, sic deinde de filio cog- « nosci (1). »

Quelque désirable que pût paraître la jonction des affaires *connexes*, elle n'était point en général un droit pour le défendeur. Ainsi, le défendeur ne peut refuser d'engager l'instance isolée pour laquelle il est poursuivi, sous le prétexte que, soit de son côté, soit du côté de son adversaire, il y aurait d'autres personnes intéressées, au même titre, à la demande (*litis consortes*) (2). Il peut bien demander que les co-intéressés du demandeur, viennent se joindre à la demande; mais il ne peut les y contraindre (3).

Au surplus, il ne paraît pas que, même lorsque plusieurs instances avaient été renvoyées à un même juré, celui-ci fût tenu de les examiner simultanément, ni surtout de prononcer une sentence commune (4); mais il est vraisemblable cependant qu'on agissait ainsi.

---

(1) Paul., L. 23, § 2, ff., *eod. tit.*

(2) Celsus, L. 31; — Papinian., L. 44, ff., *de Judic.*; L. 39, § 17, *de Adm. et per. tut.* — Gaius, L. 9, ff., *de Liber. caus.* — Julian., L. unic., C. Th., *de Domin. rei.*

(3) Ulpian., L. 1, § 6, ff., *Si cui plus quam per leg. Falcid.*

(4) Ulpian., L. 10, pr., § 3 et 4, ff., *de Appell.* — Alex. L. 1; — Gordian., L. 2, C., *Si plures una sentent.*

SECTION III.

Marche de la procédure formulaire.

PREMIÈRE PARTIE DU PROCÈS.

Instance *in jure*.

§ 190. — Actes qui composent cette première partie du procès.

Cette première partie du procès comprend, ou du moins peut comprendre différents actes : la *vocatio in jus*, le *vadimonium*, la *denuntiatio*, l'*editio* et la *postulatio actionis*, la *litis contestatio*, les *interrogatoires*, les *aveux* et les *serments* faits *in jure* : mais ces actes ne sont pas tous également nécessaires, et plusieurs doivent être considérés comme n'étant que des incidents. — De ces actes, les uns ont pour but d'assurer la comparution des parties; les autres se réfèrent à la discussion elle-même.

I. *MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DU DÉFENDEUR DEVANT LE MAGISTRAT.*

§ 191. — I. Ajournement (*in Jus vocatio*). (*Voy.* § 138 et 243.)

L'ajournement n'avait point perdu le caractère qu'il avait eu dans la procédure ancienne: c'était toujours un acte purement privé. En théorie du moins, le demandeur pouvait encore employer la

violence pour traîner son adversaire devant le tribunal du magistrat ; mais il est probable que cet usage des temps de barbarie dut tomber en désuétude, depuis que le préteur eut établi une amende contre celui qui, cité *in jus*, refusait de suivre le demandeur (1) ; et surtout depuis que les magistrats purent interposer leur autorité, pour obliger le défendeur à comparaître. Mais, si nous en croyons ce qu'Aulu-Gelle nous rapporte de la résistance du vieux républicain Labéon, il paraît qu'il ne fallait pas confondre la *vocatio per viatores*, laquelle n'appartenait qu'aux magistrats ayant juridiction, avec la *prensio per lictores*, laquelle appartenait aux magistrats qui, comme les tribuns, avaient seulement le droit d'intercession (2).

---

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 46 in fin. — Paul., L. 2, § 1, ff., *Si quis in jus voc. non ierit.*

(2) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XIII, 12. «In magistratu, «habent alii vocationem, alii prensionem, alii neutrum. «Vocationem : ut consules et cæteri qui habent imperium; «prensionem : ut tribuni plebis et alii qui habent viatorem ; «neque vocationem, neque prensionem : ut quæstores et «cæteri, qui neque lictorem habent neque viatorem. Qui «vocationem habent, idem prendere, tenere, abducere «possunt. Et hæc omnia sive adsunt quos vocant, sive «acciri jusserunt. Tribuni plebis vocationem habent nul-«lam. Neque minus multi imperiti, proinde atque haberent «ea sunt usi. Nam quidam non modo privatum, sed etiam «consulem in rostra vocari jusserunt. Ego triumvir voca-«tus a P. Porcio tribuno plebis non ivi auctoribus princi-«pibus : et vetus jus tenui. Item tribunus quum essem,

Il était défendu d'employer la contrainte manuelle contre les matrones (1) et les filles impubères, *alieni juris* (2). — On ne pouvait pareillement citer les magistrats en exercice, ni les prêtres occupés à un sacrifice, etc. etc. (3). — Le descendant, pour citer son ascendant, l'affranchi, pour ajourner son patron, devaient obtenir d'abord la permission du préteur (4). En cas de contravention, le préteur accordait au patron une action pénale pour faire condamner l'affranchi à une amende de cinquante *aurei*, selon Ulpien, de 10,000 sesterces, d'après Gaius (5).

Le demandeur n'était point tenu, lors de la vocation *in jus*, de faire connaître à son adversaire les motifs pour lesquels il le citait devant le magistrat; mais il le faisait ordinairement, et c'est cette connaissance donnée extra-judiciairement qui constitue ce qu'on appelait *litis denuntiatio*. Nous allons y revenir tout à l'heure.

§ 192. Continuation. — Comment le défendeur peut se dispenser de suivre le demandeur : *cautio judicio sistendi* (6) ou *vadimonium*.

Le défendeur pouvait se dispenser de suivre le

«vocari neminem jussi, neque vocatum a collega parere «invitum.»

(1) Valer. Max., II, 1, 5.
(2) Gaius, L. 22, pr., ff., *de In jus voc.*
(3) Ulpian., L. 2, ff., *de In jus voc.*
(4) Ulpian., L. 4, § 1, ff., *eod. tit.*
(5) Ulpian., L. 24, ff., *eod. tit.* — Gaius, *Comm.* IV, § 46.
(6) L'expression *cautio judicio sistendi* est employée dans

demandeur, en donnant caution de comparaître au jour convenu entre les parties. Il ne faut pas confondre cette caution, qui n'est qu'un simple *fidejussor*, avec le *vindex* dont nous avons parlé en traitant de la procédure des actions de la loi. Le *vindex* vient de la loi des XII Tables, le *fidejussor judicio sistendi causa* est une institution prétorienne (1); le *vindex* prenait le procès pour son compte, le fidéjusseur s'obligeait seulement à faire représenter le défendeur au jour fixé : et la preuve de cela, c'est que le fidéjusseur est libéré si, avant

---

la compilation de Justinien; Gaius se sert exclusivement de l'expression *vadimonium*. Il ne faut pas conclure que ces deux expressions représentent deux choses différentes (Cf. la Rubrique du Titre, ff., *Qui satisd. cogantur* avec Gaius, *Comm.*, IV, 185. — *Voy.* aussi Cicero, *Pro Quint.*, 8 et 9). Le *vadimonium* n'est autre que la *cautio in judicio sistendi*, c'est-à-dire la promesse, diversement garantie, de se trouver à jour fixe devant le magistrat : soit que cette promesse intervienne *extra jus* au moment de l'*in Jus vocatio* (c'est le cas dont nous nous occupons dans le § 192); soit qu'elle intervienne *in Jure*, après une première comparution devant le magistrat (c'est le cas dont nous traitons ci-après dans le § 194). — Toutefois il est bon de ne pas confondre cette double application du *vadimonium*; car, dans le second cas, la promesse pouvait être garantie d'une manière plus énergique que dans le premier; notamment au moyen de la nomination immédiate de *récupérateurs* chargés de le faire exécuter (*Voy.* § 139, 194 et 222).

(1) Ulpian., L. 1, ff., *In jus voc. ut eant.*

le jour de la comparution, le défendeur vient à mourir (1).

Au reste, comme le *vindex*, le *fidejussor judicio sistendi causa* doit être solvable (*locuples pro qualitate rei*); et cette solvabilité s'estime non pas seulement par la fortune du fidéjusseur, mais aussi par la facilité qu'on aura à recourir contre lui : *non tantum ex facultatibus, sed etiam ex facilitate conveniendi* (2). Il y a exception à la règle en faveur des *necessariæ personæ*, expression qui comprend les ascendants, le patron, la patronne, leurs enfants, etc.: dans ces cas, et autres semblables, le demandeur doit se contenter d'un fidéjusseur quelconque; en cas de refus, il s'expose à une action de cinquante *aurei* (3). Dans les autres cas, le demandeur peut discuter la solvabilité de la caution offerte; mais s'il refuse un fidéjusseur évidemment solvable, on aura contre lui l'action d'injure (4).

Ce genre de caution est un véritable *vadimonium*, quoique, sous ce nom, Gaius n'ait traité que du *vadimonium* qui avait lieu en présence du magistrat (5).

---

(1) Paul., *Sentent. recept.*, I, XIII (A), § 1; L. 4, ff., *Qui satisd. cogant.* Voyez cependant Gaius, *Comm.* IV, § 46, qui ne parle que du *vindex*.

(2) Paul., L. 1, ff., *In jus vocat. ut eant.* — Ulpian., L. 2, et L. 7, ff., *Qui satisd. cogant.*

(3) Callist., L. 2, ff., *In jus vocat. ut eant.*

(4) Gaius, L. 5, § 1, ff., *Qui satisd. cogant.*

(5) Gaius, *Comm.* IV, § 184 et suiv. — *Voy.* ci-dessus, § 139.

§ 193. — II. Ajournement explicite : *Actionis* ou *litis denuntiatio* (§ 243).

Dans l'*in jus vocatio* ancienne, le demandeur n'était point tenu de faire connaître à son adversaire l'objet de sa demande. Le défendeur devait suivre le demandeur devant le magistrat, et c'est là seulement que, pour la première fois, il avait connaissance de la nature de la prétention dirigée contre lui. Cela résulte de l'ensemble des sources et de plusieurs textes positifs :

Sat : « Age, ambula in jus, leno. — *Dord.* : Quid me in jus vocas ?
Sat. : « Illei apud Prætorem dicam ; sed ego in jus voco (1). »

Ce mode d'ajournement était fort défectueux : d'une part, c'était un obstacle aux satisfactions et aux transactions que le défendeur mieux instruit aurait pu offrir volontairement à son adversaire ; et, d'autre part, le défendeur, ne connaissant la demande que par l'*actionis editio* faite devant le magistrat, était le plus souvent obligé de réclamer, pour préparer sa défense, un délai que la justice ne permettait pas de lui refuser. C'était multiplier inutilement les comparutions devant le magistrat.

Aussi, dès le temps de Térence, l'usage avait déjà modifié le mode d'ajournement : le demandeur faisait connaître à son adversaire la nature et l'objet de l'action qu'il se proposait de diriger contre lui (*litem denuntiare*) :

(1) Plaut., *Persa*, IV, 9, vers. 8 et 9. *Voyez* aussi *Curculio*, V, 3.

« Nunc vide, utrum vis, argentum accipere, an causam meditari tuam.
« Delibera hoc, dum ego redeo, leno (1). »

Sur cette indication, le défendeur pouvait offrir satisfaction ou convenir avec son adversaire d'un délai pour comparaître devant le magistrat : de cette manière, le défendeur ayant pu préparer sa défense, il n'y avait plus d'obstacle à ce que la discussion s'engageât et se terminât dès la première comparution.

Cette amélioration, introduite par l'usage, fut consacrée par un décret de Marc-Aurèle (2), et devint par la suite la forme générale de l'ajournement.

Au reste, il ne faut pas confondre la *denuntiatio actionis* par laquelle, au moment même de l'*in jus vocatio*, le demandeur déclarait à son adversaire quelle action il se proposait d'intenter contre lui, avec l'*editio actionis*, qui avait toujours lieu devant le préteur. L'*editio* était obligée; la *denuntiatio* était purement facultative; mais elle devait être d'un usage fréquent à cause de son utilité évidente dans l'intérêt des deux parties.

§ 194. — III. *Vadimonia.* — Leur nature, leurs formes, leurs espèces, leurs effets. (*Voy.* § 139)

I. Après l'édition de l'action, quand le défen-

(1) Terent., *Adelphi*, II, 1 *in fine*.

(2) Aurel. Victor., *de Cæsar.*, 16 : « Legum ambigua mire « distincta, vadimoniorumque solemni remoto *denuntiandæ* « *litis* opperiendæque ad diem commode jus introductum. »

deur réclamait un délai; ou quand, par un autre motif, la cause ne pouvait être terminée le jour même de la comparution, il y avait lieu au *vadimonium* judiciaire; c'est-à-dire que le défendeur devait promettre de se représenter à jour fixe (1). L'édit prétorien avait déterminé avec soin les formes et les effets des *vadimonia*.

II. Le *vadimonium* se faisait de plusieurs manières: *purum, jurejurando, cum satisdatione, recuperatoribus suppositis*: — *purum*, quand le défendeur ne faisait qu'une simple promesse sans serment ni caution (2); — *jurejurando*, quand le défendeur confirmait sa promesse par serment, ce que nous appellerions chez nous caution juratoire (3); — *cum satisdatione*, quand il fournissait un fidéjusseur (4); — enfin *recuperatoribus suppositis*, quand au mo-

---

(1) *Voyez* ci-dessus, § 192, et la note 6 de la page 452.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 185. — Macer., L. 15, ff., *Qui satisd. cogant.* — Ulpian., L. 2, § 6, ff., *de Judic.*

(3) Gaius, *l. c.* — Paul., L. 16, ff., *Qui satisd. cogant.* — Peut-être la caution juratoire avait-elle lieu quand le défendeur justifiait de l'impossibilité de fournir un fidéjusseur.

(4) Gaius, *l. c.* — Quand, la *satisdatio* étant nécessaire d'après l'édit prétorien, le défendeur justifiait ne pouvoir la fournir dans le lieu où il était cité, mais offrait un fidéjusseur dans une localité, le demandeur était tenu de s'en contenter : Ulpian., L. 7, § 1; — Paul., L. 8, § 5, ff., *Qui satisd. cogant.*

Quand le défendeur, ayant le droit de faire un *vadimonium purum*, avait, par erreur, fourni caution, les fidéjusseurs avaient une exception pour repousser l'action *ex stipulatu* : Ulpian., L. 4, § 5, ff., *Si quis cautionib.*

ment même où la promesse avait lieu, on nommait des récupérateurs chargés de condamner le défendeur au montant du *vadimonium*, s'il manquait de se présenter au jour convenu (1).

Mais la promesse de se présenter aurait été illusoire si elle n'eût été accompagnée, dans tous les cas, d'une clause pénale, par laquelle le défendeur et ses cautions s'engageaient à payer au demandeur une certaine somme dans le cas de non-comparution. Cette somme, qu'on désigne aussi sous le nom de *vadimonium*, quoique cette expression convienne mieux à la promesse elle-même, variait suivant les cas : dans les actions *judicati* et *depensi*, le montant du *vadimonium* était égal à la valeur du litige, *quanti ea res erit;* dans les autres cas, il était déterminé par le serment du demandeur, sans pouvoir excéder 50,000 sesterces (2).

III. Le *vadimonium*, ayant pour but la comparution de la partie citée, participe de la nature de la *vocatio in jus* : aussi les mêmes personnes qu'on ne pouvait citer sans la permission du préteur ne pouvaient non plus, sans cette permission, être contraintes au *vadimonium* (3).

IV. Le délai du *vadimonium* était fixé de gré à gré

(1) Gaius, *l. c.*— Lex Galliæ Cisalpinæ, cap. XXI, *in fine.*— On n'aperçoit d'ailleurs aucune raison pour que la nomination des récupérateurs ne fût pas cumulée avec la caution.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 186. — Cf. Ulpian., L. 4, § 5, ff., *Si quis caut.* — Paul., L. 12; — Nerat., L. 14, ff., *Si quis cautionib.*

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 187.

par les parties, sinon par la stipulation du demandeur; mais sans doute le préteur intervenait quand les parties ne pouvaient s'entendre (1). — Le *vadimonium* réglait aussi le *lieu* de la comparution, quand le lieu n'était pas déterminé par la force même des choses. Par exemple, quand le magistrat sous l'autorité duquel avait lieu le *vadimonium* était reconnu incompétent pour statuer sur la cause, le défendeur s'obligeait sans doute à comparaître devant le magistrat compétent (2).

V. Quant aux effets du *vadimonium*, ils variaient suivant les cas. — Si les deux parties comparaissaient au jour fixé, le *vadimonium* était réputé non avenu; le défendeur et ses cautions étaient libérés. — Il en était de même si, le défendeur se présentant (*occurrere ad vadimonium*, *vadimonium sistere*, *obire*), le demandeur faisait défaut. Mais le demandeur défaillant était-il définitivement déchu, ou avait-il le droit de recommencer plus tard le procès, comme cela a lieu chez nous après un congé-défaut? C'est un point assez difficile à décider (3). — Si, au contraire, c'était le défendeur qui faisait défaut (*vadimonium deserere*), le de-

(1) Paul., L. 8, ff., *Qui satisd. cogant.* — Gaius, *Comm.* IV, § 184. — Cicero, *pro Tullio*, 16 (20). — Aul. Gell., *Noct. attic.*, VII, 1 in fin. — Valer. Max., III, 7, 1.

(2) Aul. Gell., *l. c.* — Cicero, *pro Tullio*, 5; *pro Quintio* 5; *in Verr.*, III, 15. — Tit. Liv., *Epitome*, 86. — Ulpian., L. 2, § 6, ff., *de Judic.* — Gaius, L. 1, ff., *Si quis cautionib.* —

(3) Horat., *Satyr.*, I, 9, vers. 36 et 37. — Sueton., *Caligula*, 39.

mandeur acquérait, par ce seul fait, deux sortes de droits : 1° il pouvait agir *ex stipulatu*, tant contre le défendeur que contre ses cautions, en payement de la peine stipulée dans le *vadimonium* (1); 2° il pouvait obtenir du préteur l'envoi en possession des biens du défendeur (*missio in possessionem bonorum*), dont nous traiterons dans les paragraphes suivants. — Au reste, le défendeur qui n'avait pas comparu pouvait se faire relever des effets de la désertion du *vadimonium*, en faisant valoir quelque cause légitime d'excuse : ces causes d'excuses étaient fort nombreuses (2).

§ 195. — IV. Du cas où le défendeur est absent ou se cache : *missio in possessionem bonorum.*

Dans les divers modes d'ajournement que nous avons décrits jusqu'à présent, nous avons toujours supposé que le demandeur parvenait à rencontrer, en public, le défendeur, pour le conduire de gré ou de force devant le magistrat (*in jus*), et y lier l'instance (*litem contestari*). — Mais comment engager le litige, si le défendeur est absent, s'il se cache, s'il se tient obstinément renfermé dans sa maison, ou si enfin, par tout autre moyen, il par-

(1) Senec., *de Benef.*, IV, 39. — Ulpian., L. 2, § 5, ff., *Qui satisd. cogant.* — Paul., L. 12, § 1; — Nerat., L. 14, § 1, *Si cui caut.*

(2) Ulpian, L. 2, pr.; — Paul., L. 5, § 1 et 2; — Gaius, L. 6; — Paul., L. 10 pr., et 2, ff., *Si quis caut.*

vient à se soustraire à l'*in jus vocatio* du demandeur ? Que décider aussi, si, après avoir fait le *vadimonium*, il manque à sa promesse, et ne se présente pas ? Quel parti prendre, enfin, si, amené devant le magistrat, il refuse de concourir aux actes qui sont nécessaires pour que l'instance puisse s'engager contradictoirement?

En règle générale, quand le débiteur se soustrait à la demande de celui qui se prétend son créancier, et que personne ne veut prendre sa défense, il est réputé *indefensus ;* et, comme tel, il est traité comme si déjà il avait été condamné (*pro damnato*) (1). On peut user, à son égard, de toutes les voies de droit qu'on pourrait employer après jugement contradictoire. Toutefois, comme l'ancien droit ne connaissait que l'exécution sur la personne (*manus injectio*) (2), en admettant même, avec Bethmann-Hollweg, que la *manus injectio pro judicato* s'appliquât aussi à l'*indefensus* (3), le créan-

(1) Lex Galliæ Cisalpinæ, cap. 21 : «... Siremps, res, lex, «jus, causaque omnibus omnium rerum esto, atque uti esset, «esseve oporteret, si is, qui ita confessus erit, aut de ea «re non responderit, aut se sponsione judicioque, uti opor-«tebit, non defenderit, ejus pecuniæ ei, qui eam suo no-«mine petierit, cuive eam dare oportebit, ex judiciis datis, «judicareve recte jussis, jure, lege damnatus esset, fuis-«set. »

(2) *Voyez* le commencement de notre cinquième livre. — La *pignoris capio* n'était qu'une exception.

(3) Et cela est vraisemblable, car il n'est pas probable que la loi de la Gaule Cisalpine eût introduit des rigueurs supérieures à celles de l'ancien droit.

cier, dont le débiteur se cache, n'en aurait pas été beaucoup plus avancé. S'il rencontrait son débiteur, il était bien plus naturel de le traîner devant le magistrat, que d'exercer sur lui une voie d'exécution, qui ne pouvait être que provisoire: car, bien que l'*indefensus* fût assimilé au *damnatus*, cette assimilation n'était pas tellement complète, qu'il ne fût admis à contester encore la créance pour laquelle il était poursuivi. — Ainsi, l'exécution sur la personne de l'*indefensus* ne pouvait avoir lieu que dans le cas où le défendeur, comparaissant devant le magistrat, refusait de concourir à la formation de l'instance.

Mais, dans tous les autres cas, comment triompher de la mauvaise volonté du débiteur? — Il ne paraît pas que l'ancienne législation eût rien réglé à cet égard. C'était là une lacune importante, sans doute, mais moins cependant qu'il ne nous le paraît à nous autres modernes. En effet, dans les premiers siècles de la république, il n'était pas facile à un citoyen de se soustraire à la rencontre de son adversaire: rester à Rome, c'était se condamner à un emprisonnement volontaire dans sa propre maison (1), c'était se priver de l'exercice de ces droits politiques, de cette vie publique du forum, dont le citoyen était si jaloux; fuir cette patrie, si chère à ses enfants, s'exiler à l'étranger,

(1) J'ai déjà dit que le domicile était un asile sacré, où il n'était pas permis d'aller chercher un citoyen pour le faire comparaître en justice.

c'était perdre sa qualité de citoyen, et voir ses biens adjugés aux créanciers comme *bona vacantia*.

Quand la conquête eut étendu le territoire de la république, et que les citoyens attachèrent moins de prix aux droits politiques, les défendeurs récalcitrants éprouvèrent moins de difficulté à se soustraire à l'*in jus vocatio;* mais aussi le droit prétorien vint combler la lacune du droit civil, en substituant à l'action directe sur la personne une action sur les biens : c'est l'origine des *missiones in possessionem bonorum*.

Dans notre cinquième livre, en traitant des *voies d'exécution*, nous dirons comment l'exécution sur les biens (*missio in possessionem bonorum*) remplaça, avec le temps, l'exécution sur la personne (*manus injectio*). Nous verrons alors les différentes applications d'une institution que nous n'avons à considérer ici que sous un seul rapport, à savoir, comme moyen légal de triompher des obstacles qu'oppose à l'action de la justice la mauvaise volonté d'un défendeur qui se soustrait à la citation, ou qui, par tout autre moyen, rend l'instance impossible. Sous ce rapport, la *missio in possessionem* avait un grand avantage sur la *manus injectio ;* puisque cette dernière supposait précisément la présence du débiteur qu'il s'agit de faire comparaître.

Nous devons examiner : 1° dans quels cas il y avait lieu à la *missio ;* 2° et quels en étaient les ef-

fets, tant sur les biens ainsi enlevés au débiteur, que sur le sort de la demande elle-même.

§ 196. Continuation. — Des divers cas où il y avait lieu à la *missio*.

L'envoi en possession est ordonné, toutes les fois que le défendeur peut être réputé *indefensus*. Cela arrive: 1° si le débiteur se soustrait frauduleusement (*fraudationis causa latitat*) à l'*in jus vocatio*, soit en se cachant, soit en s'éloignant, soit en se renfermant dans son domicile (1); — 2° si, après avoir fait le *vadimonium* avec le demandeur, il manque à sa promesse, et ne comparaît pas, *si vadimonio non stetit* (2); — 3° si, comparaissant devant le magistrat, il refuse de répondre et de lier l'instance (3); — 4° s'il est absent sans avoir

(1) Gaius, L. 18; — Paul., L. 19, ff., *de In jus vocando*. — Ulpian., L. 7, § 1, ff., *Quib. ex caus. in poss.* — Gaius, *Comm.* III, § 78. — Cicero, *pro Quint.*, 19: «*Qui fraudationis* causa latitarit, si boni viri arbitratu non defendetur, ejus bona possideri, vendique jubebo.»

(2) C'est le cas traité par Cicéron dans son plaidoyer *pro Quintio*. — Ulpian., L. 2, pr., ff., *Quib. ex caus. in poss.*: «In bona ejus, qui judicio sistendi causa fidejussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defenderetur, iri jubebo.» — Mais quand le *vadimonium* était garanti par des fidéjusseurs (*voy.* § 194), le demandeur pouvait agir contre eux; et ceux-ci, sans doute, prenaient alors la défense du défaillant.

(3) Lex Galliæ Cisalpinæ, cap. 22. — Ulpian., L. 52, ff., *de Regul. jur.*; L. 21, § 3, ff., *Ex quib. caus. maj.*; L. 5, § 3,

un représentant (1); — 5° s'il se donne en adrogation (2); — 6° s'il meurt, et que personne ne veuille se porter son héritier (3).

§ 197. Continuation. — Effets de cette *missio* sur les biens du débiteur.

Cet envoi en possession n'était point une simple mesure conservatoire, un séquestre; c'était un véritable acte d'exécution qui conduisait, au moins en général, à la vente des biens dont la possession avait été ainsi attribuée au demandeur. Il embrassait la *totalité* des biens de l'*indefensus*. — Quant à la vente en elle-même, elle avait pour le débiteur des conséquences très-graves : non-seulement il y perdait sa fortune; mais il encourait l'infamie, et, avec elle, la perte des droits civiques.

Appliquée à celui qui, par mauvaise foi, se soustrait à l'action de la justice, cette rigueur n'a certes rien d'excessif. Mais, parmi les *indefensi* se trouvent souvent des personnes qui le sont sans leur faute; par exemple, les impubères non pour-

---

ff., *Quib. ex caus. in poss.* — Paul., L. 83, § 1, ff., *de Verb. oblig.*

(1) Cicero, *pro Quint.*, 19. — Papinian., L. 13, ff., *Quib. ex caus. in poss.*

(2) Gaius, *Comm.* III, § 84; IV, § 80.

(3) Cicero, *pro Quint.*, 19. — Gaius, *Comm.* II, § 167; III, § 78. — Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Jure delib.* — Ulpian., L. 8; — Paul., L. 9, ff., *Quib. ex caus. in poss.*; L. 4, ff., *de Reb. auct. jud. poss.* — Pompon., L. 23, § 1, 2, 3, 4, ff., *de Hered. instit.*

vus de tuteurs, ceux qui sont absents pour un service public, etc. etc. Dans ces divers cas, néanmoins, l'envoi en possession pouvait et devait être obtenu; parce que, quelque excusable que puisse paraître le défendeur, cela ne doit pas paralyser le droit du demandeur. On conciliait ces intérêts contradictoires en accordant la possession au demandeur, mais en retardant la vente jusqu'à ce que l'empêchement du défendeur eût cessé (1).

§ 198. Continuation. — Effets de la *missio* quant à la demande elle-même.

L'envoi en possession ne préjugeait rien définitivement sur la légitimité de la demande à l'occasion de laquelle il était obtenu; et cela était juste, puisque, selon toute apparence, le préteur accordait la *missio* sans exiger du demandeur la preuve que sa demande était fondée. Sans doute, quand la demande était évidemment contraire au droit, le préteur refusait la *missio* (2): à peu près comme chez nous, les juges, tout en donnant défaut, ne doivent cependant condamner le défaillant qu'après avoir vérifié la demande (3); mais on comprend que

(1) Paul., *Sentent. recept.*, V, 5 (B), § 1 et 2. — Ulpian., L. 33; — Marcian., L. 35; — Paul., L. 39, pr., et § 1, ff., *de Reb. auct. jud. poss.*; L. 6, § 2, ff., *Quib. ex caus. in poss.* — Ulpian., L. 21, § 2, ff., *Ex quib. caus. maj.* — Gordian., L. 4, C., *de Restit. milit.* — Le mineur ne jouissait pas de cette faveur. Ulpian., L. 5, ff., *de Reb. auct. jud.*

(2) Papinian., L. 50, ff., *de Peculio.*

(3) *Cod. de procéd.*, art. 150.

cette vérification, faite sans contradicteur, devait être presque toujours illusoire.

Du reste, l'envoi en possession était réputé nul, si, plus tard, l'*indefensus* venait à prouver que la demande était mal fondée (1).

Deux causes prévenaient, ou du moins tempéraient l'abus qu'on aurait pu faire de la *missio*, au préjudice de l'*indefensus*. — D'abord, la vente des biens entraînait d'assez longs délais; et, jusqu'à ce qu'elle fût consommée, le défendeur pouvait se faire remettre en possession de ses biens, en offrant de se défendre, et en donnant caution pour garantie de son offre (2). — D'un autre côté, le *bonorum emptor* était considéré comme une sorte d'héritier contre lequel chaque créancier devait prouver la légitimité de sa créance.

§ 199. Continuation. — Règle particulière au cas où l'action est *in rem*.

Quand la demande est une action *in rem*, portant sur un objet déterminé, la nature des choses indique un moyen plus simple, plus direct et aussi moins violent de sortir de l'embarras où le demandeur se trouve placé par la contumace de son adversaire. Ce moyen est d'envoyer le demandeur

---

(1) Cicero, *pro Quint.*, 11 et seq. — Paul., L. 12, ff., *de Reb. auct. jud. poss.* — Gaius, *Comm.* III, § 220. — Ulpian., L. 1, ff., *Ne vis fiat ei qui in poss.*

(2) Gaius, *Comm.* III, § 78; IV, 102. — Cicero, *pro Quint.*, 8. — Ulpian., L. 33, § 1, ff., *de Reb. auct. jud. poss.*

en possession de la chose litigieuse, ce qui rejette sur l'autre partie l'obligation d'attaquer et de prouver. Cela s'était déjà pratiqué ainsi, dans la procédure des actions de la loi, contre le possesseur qui ne pouvait fournir la caution *pro præde litis et vindiciarum*. (*Voyez* § 150.)

Toutefois, pendant longtemps, on accorda l'envoi en possession de *tous* les biens, aussi bien quand l'*indefensus* était attaqué par action réelle, que lorsqu'il l'était par action personnelle (1). L'envoi en possession, *réduit à la chose en litige*, ne fut d'abord admis que pour deux cas seulement : celui où le possesseur ayant nié sa possession avait été convaincu de mensonge (2); et celui où le possesseur ne fournissait pas caution pour garantir la restitution de la chose et des fruits (3). Mais ce tempérament à l'ancienne rigueur fut, dans la suite, étendu à plusieurs autres cas, et devint peut-être même la règle générale pour toutes les actions *in rem*, ainsi que pour les interdits (4).

---

(1) Ulpian., L. 7, § 16, ff., *Quib. ex caus. in poss.*—Julian., L. 18, ff., *Si servit.* — Ulpian., L. 23, § 4, ff., *Ex quib. caus. maj.*— *Lex Galliæ Cisalpinæ*, cap. 22.

(2) Paul., L. 20, § 1, ff., *de Interrogat. in jure.* — Furius Anthian., L. 80, ff., *de Rei vind.*

(3) Diocl. et Max., L. unic., C., *Uti possidet.* — Paul., L. 60, § 1, ff., *de Usufr.* — *Fragm. Vatic.*, § 92 et 93. — Ulpian., L. 3, § 5; — Paul., L. 6, § 6; —Scævola, L. 14, ff., *de Carbon. edict.* — Paul., *Sentent. recept.*, I, 11.

(4) Ulpian., L. 7, § 17, 18 et 19, ff., *Quib. ex caus. in poss.* —Scævola, L. 45, ff., *de Damno infecto.* — African., L. 15, ff., *de Oper. novi nunciat.*

II. *PROCÉDURE BILATÉRALE EN PRÉSENCE DU MAGISTRAT OU* LITIS CONTESTATIO.

§. 200 — I. *Actionis editio.*

Voyons maintenant ce qui se passait devant le magistrat, quand, après les délais du *vadimonium*, les parties venaient enfin engager définitivement le procès. Cicéron et son annotateur Asconius nous en donnent un tableau très-succinct, mais assez exact, dans les passages suivants : « Atque etiam « ante judicium de constituendo ipso judicio solet « esse contentio, cum aut sitne actio illi qui agit, « aut num jam esse desierit, aut illane lege, hisne « verbis sit actio, quæritur (1). — Nam et prætoriis « exceptionibus multæ excluduntur actiones, et ita « jus civile habemus constitutum, ut causa cadat « is qui non, quemadmodum oportet, egerit, « quare in jure plerumque versantur. Ibi enim et « exceptiones postulantur, et quodammodo agendi « potestas datur, et omnis conceptio privatorum ju- « diciorum constituitur (2). — Et tandem inquisita, « audita, cognitaque utrinque causa, in verba litis « ejus componebat quod judici præscribebat ut se- « cundum illud præsens controversia definitionem « reciperet (3). »

---

(1) Cicero, *Part. orat.*, c. 28; *pro Cæcin.*, c. 3; *in Verr.*, IV, 66.

(2) Cicero, *de Invent.*, II, c. 19.

(3) Asconius, *in Verr.*, c. 3.

Ainsi, en résumé, le demandeur *édite* et *demande l'action*, le défendeur *propose ses exceptions*, le préteur *rédige la formule* qui donne aux plaideurs le pouvoir d'agir devant le juge (*in judicio*). Nous allons reprendre successivement, dans les paragraphes suivants, ces trois parties du débat qui avait lieu *in jure*, c'est-à-dire devant le magistrat.

L'*editio actionis*, qu'il ne faut confondre ni avec la *denuntiatio actionis*, ni avec la *postulatio actionis*, était l'acte par lequel, les parties étant une fois en présence du magistrat, le demandeur indiquait au défendeur l'action qu'il se proposait de demander.

L'*editio actionis* n'était assujettie à aucune forme particulière ; elle pouvait se faire de vive voix ou par écrit, ou même simplement en indiquant sur l'*album* l'action dont on comptait se servir (1). Mais le demandeur n'était pas irrévocablement lié par l'*editio*, et pouvait encore choisir une autre formule jusqu'à la *litis contestatio*, ou, comme le disent les jurisconsultes, tant que *res non est in judicium deducta* ; car, *edita actio futuræ litis tantum speciem demonstrat* (2).

L'action une fois *edita*, le défendeur pouvait à son choix engager immédiatement le procès, ou obtenir un délai pour préparer ses moyens. Dans le premier cas, le demandeur se faisait donner l'action dont il désirait se servir, et le défendeur

(1) Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Edendo*.
(2) Sever. Anton., L. 3, C., *eod. tit.*

proposait ses moyens; dans le second cas, il y avait lieu au *vadimonium*. (*Voy.* ci-dessus § 194.)

§ 201 — II. *Postulatio actionis:* en quoi elle diffère de l'*actionis editio*. (*Voy.* § 252.)

Le demandeur demande à haute voix, au magistrat, l'action qu'il a préalablement indiquée à son adversaire dans l'édition de l'action (*actionis postulatio*). Il pouvait choisir dans les diverses formules relatées dans l'album, et même demander éventuellement plusieurs actions à la fois : « Quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, « quæ potius actio teneat; nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi quod nobis « contingit (1). » En un mot, il pouvait apporter à sa demande toutes les modifications nécessaires pour éviter de *causa cadere : ut causa cadat qui non quemadmodum oportet*. Cela était surtout utile toutes les fois qu'une demande, conçue en termes trop généraux, aurait exposé le demandeur à perdre son procès par plus-pétition; mais, à la différence de ce qui avait lieu dans les actions de la loi, l'illégalité des expressions employées par le demandeur ne pouvait plus être une cause de déchéance, puisque tout reposait sur la formule qui était rédigée par le magistrat lui-même.

Le défendeur ne pouvait s'opposer à la concession de l'action par des motifs tirés du fait, parce

(1) Ulpian., L. 1, § 4, ff., *Quod legat.*

que la question soumise au magistrat n'était pas de savoir si les allégations du demandeur étaient vraies ou fausses, mais seulement si, en les supposant vraies, elles étaient de nature à entraîner la condamnation que le demandeur réclamait contre le défendeur. En conséquence, ce dernier se bornait à soutenir qu'en droit, l'action demandée n'était pas admissible. Quand l'évidence du droit ne permettait pas de contester l'admissibilité de l'action, ou quand le préteur l'avait déclarée admissible, il ne restait plus au défendeur qu'une seule chose à faire : c'était de demander subsidiairement que l'on insérât dans la formule les exceptions que les faits de la cause pouvaient présenter (1).

Le magistrat, après avoir entendu les deux parties, accordait ou refusait l'action ; il pouvait et devait la refuser quand elle était inadmissible, soit en elle-même, soit par la manière dont elle était présentée : « Velut si quis homicidium vel sacrilegium se « facturum promittat. Sed et officio prætoris conti-« netur ex hujusmodi stipulationibus actionem de-« negari (2). » — Quand la demande paraissait fondée en droit, le magistrat accordait la formule, et nommait le juré devant lequel le procès serait porté. Cette nomination avait lieu d'après les principes que nous avons fait connaître ci-dessus, § 77 et suiv.

Quand tout était terminé devant le magistrat, on

(1) *Voyez* § 182 *et suiv.*
(2) Pompon., L. 27, ff., *de Verb. oblig.*

disait du procès : *judicium est constitutum, acceptum, susceptum ; res in judicium est deducta ; lis inchoata, cœpta ; lis contestata est*(1), et autres expressions semblables. C'est ici le lieu de nous occuper de la nature et des effets de la *litis contestatio.*

§ 202. — III. *Litis contestatio.* (*Voy.* § 141 et 254.)

Dans la procédure formulaire, cette expression est détournée de sa signification primitive. Comme, probablement, le magistrat rédigeait par écrit la formule d'action et en remettait aux plaideurs une copie authentique, il devenait inutile de faire constater par témoins le débat qui avait eu lieu devant lui, puisque les éléments et la clôture de ce débat se trouvaient constatés par la formule elle-même. Les expressions *litis contestatio, litem contestari* ne désignent donc plus une invocation solennelle de témoins, mais seulement l'époque précisément correspondante à celle où, dans la procédure précédente, cette invocation avait lieu. Il serait possible, cependant, que l'usage d'appeler des témoins eût passé, quoique sans utilité, dans la procédure formulaire, à peu près comme, dans le testament civil, la mancipation demeura longtemps *dicis gratia et propter veteris juris imita-*

(1) Cicero, *Orat. part.*, 28; *de Invent.*, II, 19. — Papin., L. 42 pr., ff., *de Mort. caus. donat.* — Cels., L. 31, ff., *de Judic.*—Cicero, *pro Q. Rosc.*, 11 —Gaius, *Comm.* III, § 180, 181. — Paul., L. 16 ; — Ulpian., L. 17, ff., *de Procurat.* — Ulpian., L. 25, ff., *de Rei vind.*

tionem (1). Quoi qu'il en soit, la *litis contestatio* désigne certainement, dans tous les cas, la clôture de la partie du procès qui se passe devant le magistrat: elle avait donc nécessairement lieu *in jure*.

Cependant, quelques auteurs ont prétendu que la *litis contestatio* était, au contraire, le premier acte qui se passait devant le juge : ils se fondent sur le texte suivant: « Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, « vel actionis species ante judicium reo cognita; « inter litem enim contestatam et editam actionem « permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cùm judex per narrationem negotii causam « audire cœperit (2). » — Pour écarter ce texte, qui vient contrarier si directement l'idée que l'on doit se faire de la *litis contestatio* d'après l'ensemble des documents (3), les uns ont prétendu que, dans cette constitution, *judex* désignait. non le *juré*, mais le magistrat. M. Heffter ne voit là qu'une disposition passagère, particulière à l'époque des empereurs qui ont rendu cette constitution. Keller, qui a jeté tant de lumières sur la *litis contestatio*, est convaincu que ce texte a été altéré par Tribonien. Nous croirions plutôt qu'il appartient à une époque postérieure à l'abolition de l'*ordo judicio-*

(1) Gaius, *Comm.* II, § 104 et 105.

(2) Sever. et Ant., L. 1, C., *de Litis contest.*; Conf. L. 3, C., *de Edendo.*

(3) Paul., L. 16; — Ulpian., L. 17, ff., *de Procur.*; L. 8, § 3, *eod.*; L. 25, § 8, ff., *de Æd. edict.* — Aul. Gell., *Noct. attic.*, V, 10. — Gaius, *Comm.* IV, § 102.

rum, et que c'est par erreur qu'il a été attribué à Sévère et Antonin.

Voyons maintenant quels étaient les effets légaux de la *litis contestatio* : ces effets sont nombreux; mais la plupart peuvent se rattacher à l'espèce de novation qui s'opérait lors de la *litis contestatio*. Nous allons les examiner séparément.

§ 203. — *Premier effet* de la *litis contestatio* : engagement contradictoire de l'instance.

La *litis contestatio* engage définitivement le procès, et rend possible le jugement final, nonobstant l'absence de l'une des deux parties. De ce qui a été dit plus haut sur la *vocatio in jus*, il résulte que la procédure romaine ne donnait aucun moyen d'engager le procès contre le défendeur, qui, en se cachant, ou autrement, parvenait à se soustraire à l'*in jus vocatio:* le demandeur pouvait seulement obtenir l'envoi en possession des biens de l'adversaire, ce qui était un moyen indirect de forcer celui-ci à comparaître. Mais, quand une fois la *litis contestatio* avait eu lieu, on pouvait juger le défendeur, lors même qu'il ne se serait pas présenté devant le juge. (*Voy*. ci-après § 223 et suiv.)

§ 204. — *Deuxième effet* de la *litis contestatio* : novation *judiciaire* ou *nécessaire*.

Mais l'effet le plus remarquable de la *litis contestatio* est certainement l'espèce de novation qu'elle opère dans le droit des plaideurs. Cet acte du procès

produit une obligation *quasi ex contractu* (1), par laquelle les deux parties sont obligées de subir le *judicium*, et de se soumettre à la sentence que le juge prononcera plus tard. — Ce rapport légal nouveau remplace et détruit le rapport légal qui existait précédemment entre les parties ; en ce sens, que le demandeur ne pourra plus à l'avenir se fonder sur cet ancien rapport, pour agir une seconde fois contre le défendeur. Toutefois, cette extinction n'est pas toujours directe et immédiate.

Quand l'action est *personnelle*, conçue *in jus* et qu'il s'agit d'un *legitimum judicium* (2), le droit primitif du demandeur est pleinement et directement éteint (*ipso jure tollitur*): si donc, plus tard, il voulait agir encore contre son débiteur, l'action lui serait refusée, en supposant avoué le fait de la *litis contestatio;* et, dans tous les cas, cette action nouvelle demeurerait stérile, puisque, sans avoir besoin d'obtenir aucune exception, le défendeur pourrait repousser la demande, en prouvant que la créance réclamée a été précédemment éteinte (3).

Quand la demande ne réunit pas les trois caractères qui viennent d'être signalés, l'extinction du droit du demandeur n'est plus immédiate et directe: le défendeur attaqué de nouveau ne pourra

---

(1) Ulpian., L. 3, § 11, ff., *de Pecul.*

(2) *Voyez* ci-après la section IV.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 107.

s'opposer à la concession réitérée de l'action ; il pourra seulement demander qu'on insère dans la formule l'exception *rei in judicium deductæ* ; et, par là, il arrivera indirectement à éviter la condamnation (1).

Mais pourquoi cette différence ? Elle se justifie aisément.— 1° Dans l'action réelle, la novation directe est impossible; car le droit réel n'est point, comme l'obligation, susceptible d'être nové. — 2° Dans l'action conçue *in factum*, la prétention du demandeur se fondant sur un fait, on ne concevrait pas qu'un acte de procédure pût rendre ce fait faux, de vrai qu'il était auparavant. — 3° Enfin, quand le *judicium* n'est pas *legitimum*, mais seulement *imperio continens*, un moyen tiré de l'*imperium* du magistrat ne peut détruire directement une prétention fondée sur le droit civil.

C'est ici le lieu de faire remarquer, que la sentence du juge produira plus tard des effets analogues et parallèles à ceux de la *litis contestatio*. En effet, la sentence produit aussi une sorte de novation : et, dans les mêmes cas, où, de la *litis contestatio* résulte l'extinction directe (*ipso jure*) ou indirecte (*per exceptionem rei in judicium deductæ*) de l'obligation ; la sentence conduit pareillement à cette extinction, soit directement (*ipso jure*), soit indirectement (*per exceptionem rei judicatæ*). Ces deux novations successives sont exprimées par les juris-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 106.

consultes dans cette phrase technique : « Ante litem « contestatam debitorem dare oportere. Post litem « contestatam condemnari oportere. Post condem- « nationem judicatum facere oportere (1). »

§ 205. Continuation. — En quoi la novation judiciaire, qui résulte de la *litis contestatio*, diffère de la novation *conventionnelle*.

Mais la novation nécessaire, produite par la *litis contestatio*, diffère essentiellement de la novation volontaire qui résulterait d'une stipulation intervenue entre les parties.

La novation conventionnelle anéantit l'obligation avec tous ses accessoires. — Il n'en est pas de même de la *litis contestatio :* la nouvelle obligation comprend non-seulement le principal, mais aussi les accessoires de l'obligation antérieure, tels que gage, priviléges et intérêts : et cela doit être; car il serait absurde qu'un créancier rendît sa position pire en exerçant son droit : « Non solet de- « terior conditio fieri eorum qui litem contestati « sunt, quam si non : sed plerumque melior. Ne- « mo enim in persequendo deteriorem causam, « sed meliorem facit (2). » — Cependant, il ne faudrait pas pousser cela trop loin : en effet, il est certain qu'en attaquant l'un des co-obligés on perd son action contre les autres; et notamment, en

(1) Gaius, *Comm.* III, § 180.

(2) Paul., L. 86 et L. 87, ff., *de Regul. jur.;* Conf., L. 29, ff., *de Novat.*

attaquant le débiteur principal, le créancier perd son recours contre la caution et réciproquement (1).

Voici encore une autre différence entre la novation volontaire et la novation nécessaire : cette dernière laisse subsister une obligation naturelle qui rend le débiteur non recevable à intenter la *condictio indebiti* (2).

§ 206. — *Troisième effet* de la *litis contestatio* : détermination des éléments du litige.

Un autre effet de la *litis contestatio* est de déterminer l'étendue du litige, ainsi que le personnel des plaideurs et du juge.

Elle détermine l'étendue du litige. En effet, le droit du demandeur, auparavant douteux et indéterminé, est limité et précisé par la formule qui devient ainsi la source d'un droit positif pour les deux parties. Aussi le juge ne pourra-t-il faire porter sa sentence que sur les questions comprises dans la formule : *Ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest* (3). Ainsi, par exemple, celui qui a agi mal à propos *de peculio*, quand il pouvait obtenir tout ce qui lui était dû en agissant *quod jussu*, ne peut plus

---

(1) *Voyez*, à la page suivante, la note 2.

(2) Paul., L. 60 et 28, ff., *de Condict. indeb.*

(3) Javolen., L. 18, ff., *Comm. divid.*

revenir à la première action, sauf le cas de restitution pour cause de dol (1).

Elle détermine la personne des plaideurs, comme on peut le voir dans les exemples suivants. — Quand il y a plusieurs débiteurs, le demandeur peut, à son choix, attaquer l'un d'entre eux; mais son choix une fois consommé par la *litis contestatio*, il ne peut plus varier : son action contre les autres est éteinte (2). — Dans l'action noxale, celui qui, comme propriétaire de la noxe, a fait *litis contestatio* avec le demandeur, devient personnellement obligé à soutenir le procès, lors même qu'il perdrait la propriété de l'esclave ou de l'animal qui a causé le dégât (3). — Pareillement, les actions populaires deviennent la propriété de celui qui les a intentées (4).

Enfin, la *litis contestatio* détermine le juré qui doit connaître; et, comme nous l'avons vu précédemment, c'était seulement en cas de nécessité absolue que les parties pouvaient obtenir le remplacement du juré désigné dans la formule.

Cependant, il devient quelquefois nécessaire de

(1) Ulpian., L. 4, § 5, ff., *Quod cum eo.*

(2) Javol., L. 2, ff., *de Duob. reis.* — Ulpian., L. 5, ff., *de Fidejuss.* — Venul., L. 31, ff., *de Novat.*

(3) Ulpian., L. 1, § 13, ff., *Si quadrup. paup.* — Gaius, L. 15; — Tryph., L. 37, ff., *de Noxalib. actionib.*

(4) Mæcian., L. 32, pr., ff., *Ad leg. Falcid.* — Ulpian., L. 28, ff., *de Injuriis ;* et L. 12, pr., ff., *de Verb. signif.*

transférer l'action à d'autres plaideurs ou à un autre juge, par exemple, en cas de mort, et dans quelques autres encore (*translatio judicii*) (1).

§ 207. Continuation. — *Translatio judicii.*

La translation de l'instance s'opérait différemment, suivant qu'il s'agissait d'un changement dans les parties ou d'un changement de juge.

I. S'agissait-il de substituer le procureur au maître, le maître au procureur, ou enfin un procureur à un autre, la translation s'opérait par un simple changement de nom dans la *condemnatio* de la formule; car, l'*intentio* étant rédigée au nom du représenté, même quand le procès avait été commencé par le représentant, la substitution d'un représentant à un autre ne pouvait avoir d'influence sur l'*intentio*(2). Au reste, la translation n'était accordée, dans ce cas, qu'en connaissance de cause (*causa cognita*) (3).

---

(1) Ulpian., L. 17; L. 18, pr.; — Paul., L. 46; —Alfen., L. 76, ff., *de Judiciis.* — Ulpian., L. 17 et 27; — Paul., L. 42, § 7;—Gaius, L. 46, ff., *de Procurat.*—Paul., L. 8, § 1, ff., *de Fidej. et nominat.* — Ulpian., L. 29, ff., *de Oper. libert.;* L. 57, ff., *de Judic.*—Gaius, L. 15, ff., *de Noxal. act.*—Paul., L. 14, ff., *de His qui not.* — Ulpian., L. 17, § 14, ff., *de Injur.*

(2) Gaius, *Comm.* IV, 86.

(3) Ulpian., L. 17, 19, 23, 25; — Paul., L. 20, 22, 24, 26 et 42, § 7; — Modestin., L. 18; — Gaius, L. 21 et 46, ff., *de Procurat.* — Ulpiau., L. 7, pr., ff., *dc Dolo.* — Paul., L. 5, § 1, ff., *Mandati.* — Papinian., L. 1, § 2, ff., *Quib. mod. pign.*

S'agissait-il de substituer les héritiers aux plaideurs décédés pendant le litige, la translation s'opérait encore au moyen de simples changements de noms dans la *condemnatio;* et le nom du défunt continuait à figurer dans l'*intentio*. Pour s'expliquer ce résultat, il faut se rappeler ce qui a été dit plus haut, savoir que le juge, pour apprécier l'*intentio*, doit se reporter au temps de la *litis contestatio*, c'est-à-dire à une époque où celui qui aujourd'hui est représenté par des héritiers était encore vivant (1).

Enfin, on procédait encore de même pour transférer contre le père, *de peculio*, l'action intentée contre le fils décédé pendant le litige (2); pour transférer, contre l'affranchi ou le *statuliber*, l'action *noxale*, d'abord engagée contre le maître (3); ou pour transférer l'*injuriarum actio* du père au fils injurié (4).

II. Quant à la translation de l'action d'un juré à un autre, elle ne nécessitait évidemment aucune modification dans les parties constituantes de la formule (5).

---

(1) Paul., L. 8, § 1, ff., *de Fidej. et nomin.* — Cf. Gaius, *Comm.* IV, 34. — Scævola, L. 93, ff., *de Solut.*

(2) Ulpian., L. 57, ff., *de Judic.*

(3) Gaius, L. 15, ff., *de Noxal. act.* — Paul., L. 14, ff., *de His qui not. infam.;* L. 24, § 4, ff., *de Liberali causa.*

(4) Ulpian., L. 17, § 14, ff., *de Injur.*

(5) Ulpian., L. 17 et 18, pr.; — Paul., L. 46; — Alfenus, L. 76, ff., *de Judic.*

§ 208. — *Quatrième effet* de la *litis contestatio* : perpétuation des actions.

Malgré la novation qu'elle renferme, et peut-être à cause de cette novation même, la *litis contestatio* rend perpétuelles les actions qui auparavant n'étaient que temporaires. Ainsi les actions prétoriennes qui, en général, s'éteignent si elles ne sont intentées dans l'année, deviennent perpétuelles dès qu'il y a une fois *litis contestatio* (1). — L'action d'injures, qui s'éteint quand le demandeur est décédé sans l'avoir exercée, devient transmissible à ses héritiers, quand elle a été déduite *in judicium* (2). — Enfin, les actions pénales, qui, si elles n'ont pas été intentées du vivant du délinquant, ne sont point accordées contre ses héritiers, ou du moins ne le sont que jusqu'à concurrence des valeurs dont le délit les aurait enrichis, passent, avec tous leurs effets, contre ces mêmes héritiers, quand, une fois, il y a eu *litis contestatio* avec leur auteur (3).

§ 209. — *Cinquième effet* de la *litis contestatio* : détermination de l'époque à considérer pour apprécier la demande.

L'époque de la *litis contestatio* est encore impor-

(1) Paul., L. 8, ff., *de Fidej. et nominat.* — Paul., L. 29, ff., *de Novat.* — Paul., L. 24, ff., *de Liber. caus.* — Paul., L. 87 ; — Gaius, L. 139, ff., *de Regul. jur.* — Ulpian., L. 9, § 3, ff., *de Jurejur.* — Ulpian., L. 26 ; — Callist., L. 58, ff., *de Obligat. et actionib.*

(2) Ulpian., L. 13, pr., ff., *de Injuriis.*

(3) *Voyez* les textes cités dans les deux notes précédentes.

tante à bien connaître, parce que c'est à elle que le juge devra se reporter pour diverses appréciations. Cette matière est fort difficile; il y a diverses distinctions importantes à faire : pour certaines choses, et dans certains cas, le juge doit se reporter au moment de la *litis contestatio*; dans certains autres cas, au contraire, il doit prendre en considération le moment où il prononce la sentence.

I. Quand il s'agit d'examiner si l'action est fondée, le juge doit se reporter à l'époque de la *litis contestatio;* et cela est vrai non-seulement pour les actions de droit strict, mais aussi pour les actions *in rem* : car les questions posées, SI PARET DARE OPORTERE, SI PARET EJUS ESSE, se réfèrent évidemment à l'époque où l'action a été délivrée (1). — Peut-être dans les actions de bonne foi, le juge, étant autorisé à juger *ex æquo et bono*, pouvait-il prendre en considération, les circonstances postérieures (2).

II. Mais on doit, du moins ordinairement, s'attacher à l'époque de la sentence pour la fixation des restitutions, et en général pour tout ce qui concerne plus particulièrement la *condemnatio*. — Dans l'action en revendication, le défendeur ne peut être condamné qu'autant qu'il possède encore au moment de la sentence, à moins que ce ne soit par dol qu'il ait cessé de posséder (3). — On suit la même règle

(1) Gaius, L. 18 et 20, ff., *de Rei vind.* — Ulpian., L. 8, § 4 et 5, ff., *Si servit. vindic.;* L. 10, ff., *de Usuf. accresc.* L. 42, § 1, ff., *de Noxal. action.* — Tryph., L. 37, ff., *eod. tit.*

(2) Paul., L. 17, ff., *Mandati.*

(3) Paul., L. 27, § 1, et L. 42, ff., *de Rei vind.*—Conf. Paul.,

dans l'action *ad exhibendum*, laquelle, quoique personnelle, doit être dirigée contre le possesseur (1); dans l'action de *dépôt* (2); et, suivant Ulpien, dans l'action *de peculio*, quant à la question de savoir quelle est la consistance du pécule (3). — Enfin, c'est encore au temps de la sentence qu'il faut se reporter pour les estimations nécessaires au bénéfice de compétence (4).

III. Mais que décider si, depuis la *litis contestatio*, le défendeur, prévenant la sentence, s'exécute volontairement et donne satisfaction au défendeur? doit-il être absous, doit-il être condamné? — D'abord, quant aux actions *arbitraires*, il est positif que le défendeur doit être absous; puisqu'il devrait l'être lors même qu'il ne restituerait que pour obéir au *jussus* du juge (5). — Il en doit être ainsi, à plus forte raison, dans les actions de *bonne foi*, à cause du *liberum officium* donné au juge, qui ne doit condamner que *ex æquo et bono*: or, qu'y aurait-il de plus contraire au *bonum et æquum*, que de condamner celui qui a déjà satisfait (6)? — Mais, relativement aux actions de *droit strict*, les deux

L. 4, ff., *de Hæredit. pet.* — Ulpian., L. 18, § 1; — Gaius, L. 41, ff., *eod. tit.*

(1) Ulpian., L. 7, § 4, 7; — Julian., L. 8, ff., *ad Exhibend.*

(2) Ulpian., L. 1, § 21, ff., ff., *Deposit.*

(3) Ulpian., L. 30, ff., *de Peculio.*

(4) Ulpian., L. 63, ff., *pro Socio.*

(5) § 31, Instit., *de Actionib.*

(6) Gaius, *Comm.* IV, § 114. Ce texte, quoique mutilé, paraît confirmer notre opinion.

écoles étaient divisées : les Sabiniens voulaient que le défendeur fût absous : *Et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia judicia esse absolutoria* (1); les Proculéiens décidaient, au contraire, qu'il devait être condamné : *Quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat* (2). L'opinion des Sabiniens a été préférée par Justinien (3). Au reste, nous présumons que l'une et l'autre école devait admettre des tempéraments à son opinion. Ainsi, d'une part, les Sabiniens faisaient sans doute exception à leur principe quand les plaideurs avaient engagé le procès *per sponsionem* : il ne devait pas, en effet, dépendre de l'une des parties de se soustraire aux conséquences de cette gageure ; et, d'un autre côté, il est probable que les Proculéiens avaient trouvé quelque moyen d'échapper à l'iniquité d'une condamnation prononcée contre celui qui déjà volontairement aurait satisfait à la demande.

IV. Enfin, qu'arriverait-il si le corps certain, faisant l'objet du procès, venait à périr depuis la *litis contestatio*? On peut dire pour le défendeur que, puisqu'il eût pu se libérer par la restitution de la chose, il doit être pareillement libéré par la perte fortuite de la chose litigieuse. Mais on peut répondre, pour l'opinion la plus rigoureuse, que, depuis la *litis contestatio*, le défendeur est de mauvaise foi et

---

(1) Gaius, *Comm.*, IV, § 114.
(2) Gaius, *ibid.*
(3) § 2, Instit., *de Perpet. et temp.*

en demeure (1). Adrien avait admis cette dernière opinion pour la pétition d'hérédité. Dans la loi 40, ff., *de Petit. hæreditatis*, Paul cherche à tempérer la rigueur de cette décision.

V. Chez nous, la demande en justice interrompt la prescription du possesseur : il n'en était pas de même à Rome. L'usucapion continuait à courir et pouvait s'accomplir pendant le litige, c'est-à-dire après la *litis contestatio*. Mais le défendeur, qui avait usucapé, contractait l'obligation de faire avoir la chose au demandeur ; et non-seulement la chose elle-même, mais encore tous les accessoires (*causa rei*); par exemple, le part de l'esclave, les hérédités et les legs que l'esclave revendiqué aurait acquis dans l'intervalle. De plus, le défendeur pouvait être contraint de donner caution *de dolo*, pour le cas où il aliénerait ou hypothéquerait la chose en litige, etc. (2). On appliquait la même règle aux servitudes (3).

Il n'en saurait être de la *possessio longi temporis* comme de l'usucapion : en effet, la possession *longi temporis* n'étant point une manière d'acquérir la propriété, mais une simple exception accordée au possesseur, il est évident que le temps écoulé depuis la *litis contestatio* ne pouvait, en aucune manière, compromettre le droit du demandeur (4).

(1) Paul., L. 35, et L. 75, ff., *de Verb. signif.* — Ulpian., L. 20, § 11 ; L. 25, § 7 ; L 31, § 3, ff., *de Pet. hæred.*

(2) Gaius, L. 18, et L. 20, ff., *de Rei vind.*

(3) Ulpian., L. 8, § 4, ff., *Si serv. vind.*

(4) Diocl., L. 10, C., *de Præsc. long. temp.*

§ 210. — *Sixième effet de la litis contestatio.* — Inaliénabilité de la chose litigieuse.

La *litis contestatio* produisait encore des effets remarquables relativement à la chose litigieuse. La loi des XII Tables défendait, sous peine d'une amende du double, de consacrer aux dieux la chose en litige (1). Cette disposition fut généralisée par l'interprétation, mais surtout par un édit d'Auguste (2) : toute aliénation de la chose litigieuse fut défendue, sous peine d'une amende égale à la valeur de la chose, tant contre le vendeur que contre l'acquéreur, si celui-ci avait connaissance du litige (3). De plus, l'aliénation était paralysée par l'exception *rei litigiosæ* (4).

Dans l'action en partage, une fois le *judicium acceptum*, aucun des copartageants ne peut aliéner sa part (5).

---

(1) Gaius, L. 3, ff., *de Litigiosis*.

(2) Fragment., *de Jure fisci*, § 8 : «Qui contra edictum «divi Augusti rem litigiosam a— — ente comparavit, præ«terquam quod emptio nullius momenti est, pœnam quin«quaginta sestertiorum fisco repræsentare compellitur; «res autem litigiosa videtur, de qua apud suum judicem «delata est; sed hoc in provincialibus fundis prava usurpa«tione obtinuit.»

(3) Callistr., L. 1; — Marcian., L. 22, ff., *de Jure fisc.*

(4) Papin., L. 27, § 1, ff., *Ad senatusc. Vellej.* — Gaius, *Comm.* IV, § 117.—Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Litigios.*— Marcian., L. 1, ff., *Quæ res pign.*

(5) Papin., L. 13, ff., *Famil. ercisc* — Anton., L. 1; — Alex., L. 2, C., *Comm. divid.*

III. *DES DIVERS INCIDENTS QUI MODIFIENT OU REMPLACENT LA* LITIS CONTESTATIO.

§ 211. — Quels étaient ces incidents

Il nous reste maintenant à examiner divers incidents qui peuvent se présenter devant le magistrat, et qui modifient ou remplacent la *litis contestatio;* en ce sens que, comme elle, ils font naître entre les parties une obligation *quasi ex contractu,* qui est substituée au rapport légal qui existait entre elles auparavant. Ces incidents sont : l'*interrogatio in jure*, la *confessio in jure* et le *jusjurandum in jure.*

§ 212. — I. Interrogation *in jure*.

Les interrogations *in jure* ne ressemblaient ni aux interpellations solennelles des actions de la loi, ni à notre interrogatoire sur faits et articles. — Ces interrogations, qui pouvaient être adressées à l'une des parties, soit par l'autre partie, soit par le magistrat lui-même (1), n'avaient, en effet, d'autre but que d'arriver à obtenir certains renseignements nécessaires à la rédaction de la formule. Voyons dans quels cas ces interrogations étaient permises; quels en étaient les effets; et, dans quel sens, il faut entendre qu'elles finirent par tomber en désuétude.

---

(1) Ulpian., L. 11, § 9, ff., *de Interrogat.*

§ 213. Continuation. — Cas dans lesquels il y avait lieu à l'interrogation *in jure.*

L'un des cas où l'*interrogatio* avait lieu le plus fréquemment était celui des actions intentées contre un héritier. J'agis par la *condictio certi* contre une personne que je présume être l'héritier de mon débiteur : il faut bien que je m'assure si mon adversaire est réellement héritier, et pour quelle part : car s'il n'est pas héritier, le procès est inutile; s'il est héritier, mais seulement pour une certaine quote-part, je suis exposé à perdre mon procès par plus-pétition, en lui demandant au delà de sa part héréditaire dans la dette (1). — Pareillement, si j'intente une action *noxale*, une action *de peculio*, ou une action *damni infecti*, il faut bien que je m'assure d'abord si celui que j'attaque est maître, père ou propriétaire (2). — Il en faut bien dire autant du cas où j'agis en *revendication* : j'ai intérêt à demander à mon adversaire s'il possède le fonds pour le tout, ou seulement pour une partie; car j'ai le droit de me faire envoyer en possession de la partie pour laquelle je n'ai pas de contradicteur (3). — L'âge de l'adversaire pouvait être aussi l'objet d'une interrogation (4).

---

(1) Callistr., L. 1 ; — Ulpian., L. 2; L. 9, § 6 ; — Paul., L. 3, ff., *de Interrogat.*

(2) Ulpian., L. 7 ; — Paul., L. 8; — Ulpian., L. 9, § fin.; — Paul., L. 20, § 2, ff., *eod. tit.*

(3) Paul., L. 20, § 1, ff., *eod. tit.*

(4) Ulpian., L. 11, pr., ff., *eod. tit.*

L'interrogé peut quelquefois obtenir un délai pour répondre; par exemple, celui à qui on demande s'il est héritier peut demander un délai pour délibérer sur son acceptation ou sur sa répudiation (1).

Au reste, nul n'est tenu de répondre sur ce qui ne lui est pas personnel (2).

En cas de difficulté, c'est à l'équité du magistrat qu'il appartient de décider quelles interrogations doivent être permises (3).

§ 214. Continuation. — Effets de l'interrogation *in jure.*

Quant aux effets de l'interrogation, ils varient suivant que le défendeur affirme ce qui n'est pas, nie ce qui est, ou refuse de répondre.

Dans le premier cas, le défendeur est tenu *quasi ex contractu,* comme il le serait si la réponse était vraie. Par exemple, celui qui, sans être héritier, s'attribue cette qualité dans sa réponse, sera tenu comme s'il était réellement héritier. Il en est de même de celui qui, attaqué par action noxale comme propriétaire d'un esclave, répond faussement qu'il en est propriétaire: *Fides enim ei contra se habebitur* (4). Cette réponse a, en outre, l'effet de libérer le véritable débiteur (5).

(1) Gaius, L. 5; — Ulpian., L. 6, ff., *de Interrogat.*
(2) Ulpian., L. 9, § 3 et 4; — Papin., L. 19, ff., *eod. tit.*
(3) Ulpian., L 21, ff., *eod. tit.*
(4) Ulpian., L. 11, § 1 et 9; L. 7; L. 4, ff., *eod. tit.*
(5) Paul., L. 8; L. 20; — Jul., L. 18, ff., *eod. tit.*

Dans le second cas, c'est-à dire si le défendeur nie une qualité qui lui appartient véritablement, il sera tenu *in solidum* en punition de son mensonge. Celui qui, étant héritier pour moitié, a répondu ne l'être que pour un quart, sera obligé à payer toute la dette. Pareillement, le maître de l'esclave noxal, qui aura nié en être le propriétaire, sera tenu *in solidum*, c'est-à-dire sans avoir la faculté d'abandonner en noxe l'auteur du dégât (1).

Enfin si le défendeur refuse de répondre, ou ne fait que des réponses ambiguës, il est tenu *in solidum*, comme dans le cas de négation (2).

§ 215. Continuation. — Conditions requises pour l'interrogation *in jure*.

Mais, pour que l'interrogation produise les résultats qui viennent d'être indiqués, plusieurs conditions sont requises. — 1° Il faut d'abord que la chose avouée soit possible en fait et en droit; par exemple, que l'on puisse être propriétaire de ce que l'on a avoué être sien; que l'âge de celui dont on s'est dit le père ou le fils ne contredise pas évidemment l'aveu; que le prétendu esclave ne soit pas *sui*

(1) Ulpian., L. 11, § 3; L. 17, ff., *eod. tit.;* L. 1, § 15, ff., *Si quadrup.* — Paul., L. 22, § 4; L. 26, § 5, *de Noxal. actionib.*

(2) Ulpian., L. 11, § 4, 5, 6 et 7, ff., *de Interrog.*—Toutefois le fils de famille à qui on demande s'il est héritier de de son père peut impunément refuser de répoudre : cela tient sans doute à ce que, en niant uue qualité qui lui appartient *nécessairement,* il ferait une déclaration mensongère; et qu'en *reconnaissant* qu'il est héritier, il perdrait le bénéfice d'abstention introduit en sa faveur.

juris (1), etc. — 2° Il faut, en outre, que l'aveu ait lieu *in jure* (2); — 3° que celui qui interroge ait réellement action contre quelqu'un, à raison du fait avoué ou dénié (3); — 4° que la fausseté de la réponse soit le fait du dol ou d'une faute lourde (4); — 5° enfin, que le répondant ne se soit pas rétracté quand les choses étaient encore entières, c'est-à-dire avant la délivrance de la formule (5).

§ 216. Continuation. — *Actiones interrogatoriæ.*

Les formules d'actions, données par le préteur à la suite de ces interrogations, sont nommées *interrogatoriæ actiones.* — Toute action peut ainsi se convertir en une action interrogatoire (6).

D'après un texte attribué à Callistrate, jurisconsulte qui vivait sous Alexandre Sévère, les actions interrogatoires seraient, dès cette époque, tombées en désuétude (7); mais cela n'est guère probable. En effet, s'il en était ainsi, comment les jurisconsultes contemporains se seraient-ils occupés avec tant de soin des interrogations *in jure*? Pour expliquer ce texte, les uns prétendent qu'il a été in-

(1) Paul., L. 13. — Javol., L. 14, § 1; — Ulpian., L. 16, § 1, ff., *de Interrogat.*

(2) Ulpian., L. 4, § 1, ff., *eod. tit.*

(3) Paul., L. 13, § 1; — Javol., L. 14; — Pomp., L. 15, 16, ff., *eod. tit.*

(4) Ulpian., L. 11, § 3, 8, 10 et 11, ff., *eod. tit.*

(5) Ulpian., L. 11, § 12, ff., *eod. tit.*

(6) Scævola, L. 22, ff., *eod. tit.*

(7) Callist., L. 1, ff., *eod. tit.*

terpolé par Tribonien; d'autres pensent qu'il n'y est question que des interrogations *extra jus*, lesquelles pouvaient aussi compromettre d'une manière fort grave la personne interrogée.

§ 217. — II. Confession *in jure*.

La *confessio* spontanée dont nous devons maintenant nous occuper diffère essentiellement de celle que l'on pouvait provoquer par une *interrogatio in jure*. D'une part, elle porte sur le fond même de la contestation, tandis que l'autre se réfère seulement à certaines circonstances dont la connaissance est nécessaire pour la rédaction de la formule. D'une autre part, les effets de la confession spontanée sont beaucoup plus étendus, puisque le *confessus pro judicato habetur*; ce qui n'a jamais lieu pour celui qui est interrogé.

I. La loi des XII Tables mettait celui qui avait confessé sur la même ligne que celui qui avait été condamné : ÆRIS CONFESSI DEBITIQUE TRIGINTA DIES...(1). Aussi Paul nous dit-il : *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*(2). En conséquence, quand le débiteur a avoué la dette, le créancier peut employer les mêmes voies d'exécution que s'il y avait jugement prononcé : « Si qui « debitum quocumque modo confessus dicetur, ex « ea re creditori actio non datur, sed ad solutio- « nem compellitur. *Confessi debitores pro judicatis*

(1) *Voyez* ci-dessus, page 400.
(2) Paul., L. 1, ff., *de Confess.*

« *habentur* ideoque, ex die confessionis tempora « solutionis præstituta computantur (1). »

Toutefois, cela n'est vrai qu'autant que l'aveu porte, comme la sentence, sur une somme déterminée: *Certum confessus pro judicato erit, incertum non erit* (2). Si donc l'aveu ne porte que sur une quantité indéterminée, ou sur un corps certain, le magistrat doit presser le défendeur de préciser une somme certaine (3).

Si le défendeur s'y refuse, on nomme un juge, non pour examiner s'il y a eu obligation, mais seulement pour procéder à l'estimation de la chose avouée par le défendeur. L'action qui est ainsi donnée à la suite de l'aveu se nomme *actio confessoria*: « Notandum, dit Ulpien, quod in hac actione quæ ad- « versus confitentem datur, judex *non rei judicandæ* « *sed æstimandæ* datur, *nam nullæ partes sunt judi-* « *candi in confitentes* » (4).

II. Quand le demandeur confesse la vérité des contradictions opposées par le défendeur, le magistrat refuse purement et simplement l'action demandée.

§ 218. — III. Du serment déféré devant le magistrat (*jusjurandum in jure*).

Les Romains connaissaient plusieurs espèces de

(1) Paul., *Sentent. recept.*, II, I, § 5.
(2) Ulpian., L. 6, pr., ff., *de Confess.*
(3) Ulpian., L. 6, § 1, ff., *eod. tit.*
(4) Ulpian., L. 25, § 2, ff., *Ad legem. Aquil.*; Conf. L. 6, § 2 et 6, ff., *de Confess.*

serments : 1° le serment déféré *in jure ;* 2° le serment déféré *in judicio ;* 3° le serment *extra-judiciaire ;* 4° le serment *déféré d'office* par le juge.

De ces serments, les uns étaient appelés *judiciaires*, les autres *nécessaires*, les autres *volontaires ;* mais les interprètes ne sont pas d'accord sur la distinction des serments volontaires et nécessaires, ce qui, d'ailleurs, n'a pas grande importance. Le serment dont nous avons à nous occuper ici est le serment déféré *in jure;* cependant, pour ne plus revenir sur cette matière, nous dirons aussi quelques mots des autres serments.

Le serment, déféré par une des parties à l'autre, est un moyen excellent de terminer promptement le procès. On ne voit pas quelles raisons pourrait alléguer, pour s'y refuser, celui que son adversaire prend ainsi pour juge du différend. Aussi le droit prétorien contenait-il à ce sujet les dispositions suivantes : « *Eum a quo jusjurandum petetur solvere aut jurare cogam* (1); *si is cum quo agetur conditione delata juraverit... ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo* (2). » Quand l'une des parties défère le serment à l'autre, celle-ci doit jurer ou payer; telle est du moins la règle ordinaire, mais il y a des exceptions.

Le premier moyen, et le plus général pour échapper à l'alternative où l'on se trouve placé par la délation du serment, consiste à le référer

(1) Ulpian., L. 34, § 6, ff., *de Jurejur.*
(2) Ulpian., L. 3, et L. 7, ff., *eod. tit.*

à son adversaire : car celui qui a déféré le serment ne peut avoir de motifs plausibles pour se soustraire à une nécessité que le premier il a imposée (1). — On peut aussi être dispensé de jurer, soit par l'adversaire lui-même, soit par le magistrat. — Il est même des personnes que leur seule qualité dispense du serment : telles sont les flamines et les vestales (2). — Enfin, on peut demander à celui qui a déféré le serment de jurer lui-même qu'il n'a point agi par esprit de chicane, *calumnia* (3).

Mais pourrait-on se dispenser de jurer en offrant de prouver? Nous ne le pensons pas, malgré l'assertion de Quintilien qui nous paraît ne se rapporter qu'au serment déféré *in judicio* (4).

Hors ces cas d'exception, celui à qui le serment est déféré dans le cours d'une instance doit ou le prêter ou le référer; sinon il perd son procès : si c'est le défendeur, le préteur le condamne immédiatement à payer; si c'est le demandeur, l'action lui est refusée (5).

---

(1) Ulpian., L. 34, § 7, ff., *de Jurejur.*

(2) Aul. Gell., *Noct. att.*, X, 15.

(3) Ulpian., L. 34, § 4, 7 : L. 37, ff., *de Jurejur;* L. 25, § 3, ff., *de Probat.*

(4) Quint., *Instit. orat.*, V, 6 : «.....Itaque hominem quidem malum occupaturum hanc conditionem fuisse, se autem probare malle, quæ affirmet, quam dubium cuiquam relinquere, an pejerarit.»

(5) Ulpian., L. 34, § 6 et 7, ff., *de Jurejur.*

§ 219. Continuation. — Des autres espèces de serments judiciaires ou extrajudiciaires.

I. *Serment déféré* in judicio. — Le serment peut être aussi déféré devant le juge (*in judicio*), comme moyen de prouver les allégations contenues dans la formule. Comme celui dont nous avons parlé dans le § précédent, ce serment est *nécessaire* en ce sens que celui à qui il est déféré doit jurer, référer ou perdre son procès : ainsi donc, suivant que le refus vient du demandeur ou du défendeur, le juge absout ou condamne celui-ci (1).

II. *Serment volontaire.* — Quant au serment déféré en dehors de toute instance, celui à qui un tel serment est déféré est libre de le prêter ou de le refuser, sans pouvoir le référer. Mais, si une fois il a consenti à le prêter, cette convention forme une sorte de transaction conditionnelle, à laquelle le droit prétorien fait produire des effets très-analogues à ceux de la *litis contestatio : in locum litis contestatæ succedit* (2).

Quand, sur la proposition de l'autre partie, le créancier aura affirmé par serment la vérité de sa créance, le préteur lui accordera une action *in factum*, dans laquelle le juge n'aura plus à examiner s'il y avait réellement obligation, mais seulement s'il y a eu serment : *Per quam non quæritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit* (3). — Si, au

(1) Ulpian., L. 34, § ult., ff., *de Jurejur.*

(2) Paul., L. 28, § 2, ff., *de Judic.*

(3) § 11, Instit., *de Actionib.*

contraire, le créancier vrai ou prétendu ayant déféré le serment, l'adversaire a juré qu'il ne devait rien, l'action primitive est éteinte comme elle le serait par la *litis contestatio*. Toutefois cette extinction n'a jamais lieu *ipso jure*, mais seulement *per exceptionem*. Si donc, plus tard, le créancier demande l'action correspondante à sa créance, il devra l'obtenir; mais le défendeur, en faisant insérer dans la formule l'exception *jurisjurandi*, et en prouvant devant le juge le fait du serment, devra être renvoyé absous. L'exception de serment produit même une extinction plus complète que la *litis contestatio*; car elle ne laisse pas même subsister d'obligation naturelle (1).

III. *Serment déféré d'office.* — Ce serment peut être déféré par le juge lorsque l'insuffisance des preuves n'a produit que des doutes (2); et aussi, dans le cas où il est certain que le défendeur doit être condamné, pour déterminer la quotité de la condamnation : c'est ce qu'on appelle *jurare in litem*. — Au reste, le *jusjurandum in litem*, admis seulement dans les actions *réelles*, dans les actions personnelles de *bonne foi*, et dans l'*actio ad exhibendum*, n'enchaîne pas le juge, qui peut encore, soit absoudre complétement le défendeur, soit le

(1) Julian., L. 40, ff., *de Jurej.* — Gaius, L. 27, *eod. tit.* — Paul., L. 43, ff., *de Condict. indeb.*

(2) Diocl. et Max., L. 3, C. *de Reb. cred.* — Gaius, L. 31, ff., *de Jurej.*

condamner à une somme moindre que celle fixée par le serment du demandeur (1).

§ 220. — Formes du serment.

Le serment n'était pas à Rome un acte essentiellement religieux : les parties pouvaient convenir d'une formule étrangère à toute croyance religieuse. Les formules les plus usitées étaient : *per Jovem, per salutem suam, per genium principis* (2).

Telle est au surplus la puissance du serment déféré ou référé, que lors même qu'on viendrait plus tard à prouver que celui à qui le serment avait été déféré avait commis un parjure, cela n'aurait aucune influence sur le procès civil : le parjure ne pouvant être puni que par la voie criminelle. L'opinion de Labéon, qui voulait qu'on donnât contre le parjure l'action *de dolo*, n'a pas prévalu ; car Julien n'accorde pas même la réplique de *dol* contre l'exception *jurisjurandi* (3).

Une observation commune au serment, à la confession, à l'interrogation et à la *litis contestatio*, c'est que ces actes n'ont jamais d'effet à l'égard des tiers.

(1) Ulpian., L. 4, § 2, 3, 4 ; — Marcell., L. 8 ; — Callistr., L. 10, ff., *de in Litem jurando*.

(2) Ulpian., L. 13, § 6 ; L. 5, pr., § 1 et 3, *de Jurejur.*

(3) Gaius, L. 31, ff., *eod. tit.*—Julian., L. 15, ff., *de Except.*

DEUXIÈME PARTIE DU PROCÈS.

Instance *in judicio.*

---

§ 221. — Parties qui composent cette branche du procès.

L'instance devant le juge forme le *judicium* proprement dit : nous devons examiner à ce sujet, 1° la comparution des parties devant le juge; 2° l'ordre des plaidoiries; 3° les divers genres de preuves; 4° la sentence; 5° et enfin l'office du juge.

I. *MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DES PARTIES DEVANT LE* JUDEX.

§ 222. — Cette comparution était-elle assurée par quelque promesse ou garantie?

Quand une fois la formule a été délivrée aux parties, il leur reste à aller devant le juge désigné. Il est probable, au moins dans les premiers temps de la procédure formulaire, que la *comperendinatio* (1) était encore en usage, et que les parties s'ajournaient réciproquement à comparaître le troisième jour devant le juge.

Mais, que cet usage se soit ou non maintenu, il ne paraît pas que les parties se donnassent des garanties pour assurer cette comparution (2). C'est à

---

(1) *Voyez* ci-dessus, § 140.

(2) Ascon., *in Verr.* , 9 : « Litigantes accepto judicio non

tort que, trompés par les significations multiples du mot *judicium*, quelques auteurs ont prétendu que la *cautio in judicio sisti* s'appliquait ici : cette caution, comme le *vadimonium*, concerne seulement la comparution devant le magistrat (1).

Quant à la *cautio judicatum solvi*, elle se réfère exclusivement à la chose jugée.

Ce que nous allons dire ci-après de la procédure contre les *contumaces*, fournit aussi la preuve que la comparution devant le juge n'était l'objet d'aucune promesse ou garantie quelconque.

Mais cela pourrait d'ailleurs se démontrer directement. En effet, on ne voit pas quel intérêt le défendeur, et, à plus forte raison, le demandeur pourrait avoir à ne pas comparaître. — D'abord, quant au défendeur, une fois la formule délivrée et le juge nommé, le litige peut être conduit à fin, alors même que le défendeur ne se présenterait pas; car la formule SI PARET..., CON-

---

« stipulationibus mutuis promisisse, sed denuntiatione « tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud « judicem. »

(1) *Voyez* les textes suivants, dans lesquels *in judicio* désigne évidemment le tribunal du magistrat : Rubrique *in jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent* (ff., lib. II, tit. 6) comparée avec Paul., L. 1, ff., *eod. tit.* — Ulpian., L. 1; L. 3, ff., *de Feriis.* — Ulpian., L. 1, pr., ff., *Si ex noxal.* — Paul., L. 10, § 2, *Si quis caut.* La rubrique *Qui satisdare cogantur vel jurato promittant, vel suæ promissioni comittantur*, combinée avec le § 185 du IV commentaire de Gaius, fournit la preuve que la *cautio judicio sistendi* avait remplacé le *vadimonium*. Conf. Cicero, *pro Quint.*, 14.

DEMNA n'implique en aucune manière la nécessité que le défendeur soit présent. Le demandeur n'a donc aucun intérêt à ce que le défendeur comparaisse ; on peut même dire qu'il a l'intérêt contraire : car, bien que le juge ne soit pas tenu de condamner le défaillant, il est évident cependant qu'il sera tout naturellement porté à considérer comme n'ayant pas de bien bons moyens de défense celui qui ne se présente même pas pour les faire valoir. — Quant au demandeur qui a sollicité et obtenu la formule, on s'expliquerait plus difficilement encore pourquoi il fuirait un débat qu'il a lui-même provoqué ; surtout dans les anciens principes, d'après lesquels le plus grand dommage que pût encourir le demandeur était de voir absoudre son adversaire.

§ 223. — Procédure contre les contumaces.

Nous venons de dire, dans le § précédent, que la comparution des parties devant le juge n'était l'objet d'aucune garantie spéciale.

Nous devons maintenant rechercher ce qui arrivait quand l'une des parties ne se présentait pas.

Il faut distinguer plusieurs hypothèses :

I. Si c'est le demandeur qui fait défaut, le défendeur pourra exiger que l'affaire soit jugée immédiatement : mais la non-comparution du demandeur n'entraîne pas nécessairement l'absolution du défendeur; et celui-ci pourra être absous ou-

condamné (1). Au reste, lors même que le défendeur ne requérait pas jugement, le demandeur qui ne provoquait pas la décision du juge s'exposait à un danger très-réel, à savoir, la péremption de l'instance et, par suite, la déchéance de la formule obtenue. (*Voy*. ci-après § 233 et suiv.)

II. Si c'est le défendeur qui fait défaut, on ne peut procéder immédiatement au jugement de l'affaire; et le demandeur qui veut obtenir jugement doit recourir à une procédure particulière, destinée à constater la contumace de son adversaire.

A cet effet, le demandeur se présente de nouveau devant le magistrat, qui, sur sa demande, rend des ordonnances (*edicta*) par lesquelles il enjoint au défendeur de comparaître. Ces ordonnances sont renouvelées deux ou trois fois, à des intervalles de dix jours au moins; la dernière contient la menace : *Etiam absente diversa parte, cogniturum se et pronuntiaturum*. Ce dernier édit est appelé *peremptorium*, parce que *perimit disceptationem, et ultra non patitur adversarium tergiversari* (2). Quelquefois, à raison des circonstances, le magistrat accorde de prime abord l'*edictum peremptorium*, qui est dit alors *unum pro omnibus* (3). — Si, après l'édit péremptoire, le

(1) Scævola, L. 28, ff., *de Appell*. — Ulpian., L. 27, § 1, ff., *de Liberal. caus.;* L. 6, § 3, ff., *de Confess*.

(2) Ulpian., L. 68, 69, 70, 71, ff., *de Judic*. — Paul., *Sent. recept.*, V, 5 (A), § 7.

(3) Ulpian., L. 72, ff., *eod. tit.*

défendeur ne se présente pas, il est *contumace*; et le procès peut être jugé en son absence, toutefois après une dernière citation (1).

Quelquefois, sans qu'il y ait besoin de *peremptorium edictum*, la cause peut être jugée malgré l'absence du défendeur, si celui-ci a reçu un avertissement spécial (2).

§ 224. Continuation — Effets de la contumace.

Le défendeur contumace doit-il être nécessairement condamné? On pourrait le croire d'après Hermogénien : *Contumacia eorum qui jus dicenti non obtemperant litis damno coercetur;* mais ce passage doit être combiné avec ce que dit Ulpien : *Absens, si bonam causam habet, vincet* (3).

Le défendeur qui s'est laissé condamner par défaut ne peut ni appeler, ni *revocare in duplum* : il n'a d'autre recours que la *restitutio in integrum* qu'il ne peut obtenir qu'en justifiant de justes causes d'absence (4).

La sentence rendue par défaut est radicalement nulle, si la procédure de contumace n'est pas régulière; et, dans tous les cas, si le défendeur était

(1) Ulpian., L. 73, pr., ff., *de Judic.*

(2) Gord., L. 2, C., *Quomodo et quando.*

(3) Herm., L. 53, ff., *de Re jud.* — Ulpian., L. 73, pr., ff., *de Judic.* — Anton., L. 1, C., *Quomodo et quando.*

(4) Ulpian., L. 73, § 3, ff., *de Jud.* — Papin., L. 23, § 3, ff., *de Appell.* — Anton., L. 1, C., *Quorum app.* — Paul., *Sent. rec.*, V, 5 (A), § 7. — Ulpian., L. 7, § 12, ff., *de Minorib.* — Julian., L. 75, ff., *de Jud.* — Herm., L. 53, § 1 et 2, ff., *de Re jud.*

déjà mort au moment où il a été condamné (1).

Si, après le *peremptorium edictum*, le demandeur ne se présente pas, il n'encourt aucune déchéance : il est seulement obligé d'en obtenir un autre (2),

II. *PROCÉDURE DEVANT LE* JUDEX.

§ 225. — Ordre des plaidoiries.

Devant le juge, comme devant le magistrat, les plaidoiries étaient orales et publiques. — On pouvait plaider tous les jours, excepté les jours néfastes et les jours fériés (3).

Les parties devaient produire les rescrits impériaux, les réponses des prudents rendues pour l'affaire (4), et arriver munies de toutes leurs preuves (5). — Après la production des documents et l'audition des témoins, venaient les plaidoiries (*causæ peroratio*). Il y avait ordinairement plusieurs plaidoyers prononcés de part et d'autre (*prima et secunda actio*) (6).

Il ne paraît pas qu'en matière civile les avocats dussent se renfermer dans un espace de temps déterminé; mais cette limitation existait bien certainement en matière criminelle (7).

---

(1) Paul., L. 54; — Ulpian., L. 59, § 3, ff., *de Re jud.*

(2) Ulpian., L. 73, § 2, ff., *de Jud.*

(3) *Voy.* au Dig. le titre *de Feriis.*

(4) Claud., L. 2, C., *de Div. rescr.*

(5) Macrob., *Satyr.* II, 12 in fin.

(6) Cicero, *pro Flacco*, 20; *pro Cæcin.*, 2, 3, 33.

(7) Cicero, *pro Quint.*, 9 et 22; *pro Tull.*, init. et cap. 6.— Plin., *Epist.* VI, 2.

Le juge pouvait certainement ordonner des remises, soit pour l'administration des preuves (1), soit pour préparer sa sentence (2).

Ainsi que nous l'avons dit au § 120, le juge pouvait consulter les magistrats sur les points de droit, mais non sur les points de fait (3). Il pouvait aussi se faire assister par les personnes dont les lumières lui inspiraient de la confiance (4). Cette circonstance explique pourquoi Cicéron dit toujours *judices*, dans les cas mêmes où il est d'ailleurs constant qu'on ne donnait qu'un seul juge. Cet orateur distingue cependant quelquefois les conseillers du juge proprement dit : *Vosque qui in concilio adestis orat atque obsecrat* (5).

III. *DES PREUVES.*

§ 226. — Administration des preuves. (*Voy.* § 255.)

Examinons, à cet égard, à qui incombe l'obligation de prouver, et quels étaient les divers genres de preuves admises devant les tribunaux romains.

En général, c'est à celui qui affirme à prouver : *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (6).

(1) Tit., ff. et C., *de Dilationib.* — Callistrat., L. 36, ff., *de Judic.*

(2) Aul. Gell., *Noct. att.*, XIV, 2. — Ulpian., L. 13, § 4, ff., *de Recept. qui arbitr.*

(3) Ulpian., L. 79, § 1, ff., *de Judic.*

(4) Aul. Gell., *Noct. att.*, XIV, 2. — Valer. Max., VIII, 2, 2. — Plin., *Epist.*, V, 1.

(5) Cicero, *pro Quint.*, 2, 6, 10, 30.

(6) Paul., L. 2, ff., *de Probat.*

Dioclétien en donne la raison : *Quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (1). Toutefois, cette dernière proposition ne doit pas se prendre dans un sens trop absolu ; car on peut quelquefois arriver très-facilement à la preuve d'un fait négatif, en établissant un fait positif contraire.

Celui qui affirme est ordinairement le demandeur : de là, la maxime : *Actori incumbit onus probandi.* C'est en effet au demandeur à établir sa demande : mais, à son tour, le défendeur aura à prouver les allégations par lesquelles il prétend repousser les prétentions du demandeur. Ainsi, j'allègue que je vous ai prêté, je dois établir l'existence du prêt ; vous soutenez que vous m'avez payé, c'est à vous de prouver le payement : la règle *Reus excipiendo fit actor* est donc purement énonciative, et s'applique aussi bien aux défenses proprement dites qu'aux exceptions (2).

§ 227. Continuation. — Nature des preuves admises.

Les moyens de preuve sont : les *témoins*, les *titres*, le *serment* et l'*aveu*.

I. *Preuve par témoins.* — Les témoins étaient désignés par les parties, et étaient cités par l'intermédiaire du magistrat (3). En général, le témoin

(1) Diocl. et Max., L. 23, C., *de Probat.*

(2) Cels., L. 12 ; — Ulpian., L. 19, ff., *de Probat.* — Sever., L. 1 ; — Diocl. et Maxim., L. 9, C., *eod. tit.*

(3) Ulpian., L. 2, § 3, ff., *de Jud.* — Arcad., L. 1, § 2 ; — Callistr., L. 3, § ult., ff., *de Testib.* — Sueton., *Claud.*, 15.

devait faire sa déposition oralement, publiquement et à l'audience. Il pouvait être interpellé par les deux parties et par leurs avocats (1). Le témoignage par écrit n'était point interdit d'une manière absolue, mais on y ajoutait peu de foi (2).

Quand une partie craignait de perdre un témoin, elle pouvait le faire déposer d'avance devant le préteur, après une courte exposition de l'affaire (3).

Quant au nombre des témoins, il paraît avoir été, dans l'origine, limité à dix (*duntaxat decem*); mais cette règle n'était plus suivie au temps des jurisconsultes : le juge pouvait toutefois écarter les témoins inutiles (4).

La maxime *testis unus testis nullus* ne paraît avoir été qu'un simple conseil jusqu'à Constantin, qui la convertit en disposition impérative (5).

Il n'y avait pas non plus de règle qui déterminât d'une manière formelle le degré de croyance que le juge devait accorder aux témoignages. On tenait, au contraire, pour certain que le juge ne doit pas compter les témoignages, mais les peser et examiner quelle impression lui en est restée : Adrien avait rendu sur cette matière des rescrits fort sages (6).

---

(1) Quintil., *Instit. orat.*, V, 7.

(2) Callistr., L. 3, § 1, 2, 3 et 4, ff., *de Testib.*

(3) Paul., L. 40, ff., *Ad leg. Aquil.*

(4) Arcad., L. 1, § 2; — Modest., L. 2, ff., *de Testib.*

(5) Paul., L. 20, ff., *de Quæst.* — Constantin., L. 9, § 1, C., *de Testib.*

(6) Modest., L. 2;— Callistr., L. 3, pr., § 1 et 2;— Arcad. Char., L. 21, § 3, ff., *de Testib.*

La doctrine et l'usage avaient aussi établi quelques règles négatives. Ainsi ne pouvaient être témoins les ascendants, dans les affaires qui intéressaient leurs descendants, et réciproquement; le mari pour la femme, l'affranchi pour son patron. — Les avocats ne pouvaient être contraints à rendre témoignage dans les affaires dont ils étaient chargés. — On n'admettait pas le témoignage des parjures, des gens notés d'infamie, des impubères, etc. (1).

II. *Preuve par écrit.* — La preuve par écrit ou par documents (*tabulæ*, *instrumenta*) n'était point assujettie à des règles formelles : le juge pouvait toujours apprécier la foi due aux titres produits; et les parties pouvaient repousser la preuve écrite par la preuve testimoniale (2). En général, il fallait que l'écrit fût émané de la personne à qui on voulait l'opposer (3).

En général, aussi, nul n'était tenu de produire les titres qu'il pouvait avoir en sa possession ; mais il y avait quelques exceptions (4):

1° Dans le prêt d'argent, le défendeur pouvait

(1) Callistr., L. 3, § 5; — Papin., L. 13; — Paul., L. 16; — Ulpian., L. 19, ff., *de Testib.* — Paul., *Sent. recept.*, V, 15, § 1.

(2) Paul., *Sent. recept.*, V, 15, § 4.

(3) Philip., L. 5 et 6; — Gallien., L. 7, C., *de Probat.* — Paul., L. 26, § 2, ff., *Depositi.*

(4) Sever. et Anton., L. 3 et 4; — Alexand., L. 5, 6 et 8, C., *de Edendo.* — Diocl. et Max., L. 7, C., *de Testib.* — Gaius, L. 5; — Ulpian., L. 8, pr., ff., *Famil. ercisc.*; L. 3, § 14, ff., *Ad exhib.* — Callistr., L. 10, ff., *de In lit. jur.* — Cf. le titre ff., *de Tabul. exhibend.*

exiger que le demandeur montrât ses livres de compte (*rationes*) (1).

2° D'après l'édit prétorien, les banquiers (*argentarii*) étaient tenus de communiquer leurs livres, soit qu'ils fussent demandeurs ou défendeurs, soit même qu'ils ne fussent pas personnellement en cause (2).

III. *Serment et aveu.* — Nous ne croyons pas devoir rien ajouter à ce que nous avons déjà dit ci-dessus de ces deux genres de preuves (§ 217 et 218).

IV. *SENTENCE.*

§ 228. — Formes générales de la sentence.

L'instance devant le juge est terminée par la sentence (*sententia*).

Dans l'origine, la sentence devait être prononcée en langue latine; dans la suite le grec fut toléré, puis formellement admis (3).

Le juge était tenu de prononcer la sentence de vive voix, à l'audience, *pronuntiare* (4). Mais il pouvait l'écrire d'avance, pourvu qu'il en donnât

(1) Alexand., L. 5, 6 et 8, C., *de Edendo.* — Maurician., L. 3, ff., *de Edendo.* — Callistr., L. 2, § 1 et 2, ff., *de Jure fisc.*

(2) Ulpian., L. 4, 6, 8 et 13; — Paul., L. 5, 7 et 9; — Gaius, L. 10; — Modest., L. 11; — Callistr., L. 12, ff., *de Edendo.*

(3) *Voy.* ci-dessus § 125 et 126.

(4) Ulpian., L. 59, § 1; — Jul., L. 60, ff., *de Re judic.*

lecture à l'audience, *ex tabella pronuntiare* (1). Dans la suite la rédaction par écrit devint obligatoire, *ex periculo recitare* (2).

La sentence était motivée (3).

Toutes les parties devaient être présentes au prononcé de la sentence; si quelques-unes étaient absentes, la sentence était nulle à leur égard (4): sauf toutefois ce que nous avons dit aux paragraphes 223 et 224, sur la procédure contre les contumaces.

Il ne faut pas confondre la sentence proprement dite, qui terminait le litige (*sententia*), avec les différentes décisions que le juge pouvait rendre, dans le cours de l'instance, pour préparer la sentence elle-même (*interlocutiones, jussus, mandata*). Le juge pouvait toujours révoquer ou modifier les décisions préparatoires; mais la sentence une fois prononcée était irrévocable : *Judex qui semel sententiam dicit judex esse desinit* (5).

§ 229. Continuation. — Règles sur le fond.

Conformément à l'alternative posée par la for-

(1) Senec., *de Benef.*, III, 7. — Suet., *Claud.*, 15.

(2) Valer. et Gallian., L. 1; — Valent., Valens et Grat., L. 2 et 3, C., *de Sent. ex per.*

(3) Macer., L. 1, § 1, ff., *Quæ sent. sine app.* — Alexand., L. 2, C., *Quand prov.* — Ulpian, L. 7, § 1, ff., *de Comp.*

(4) Macer., L. 1, § 3, ff., *Quæ sent. sine app.* — Dioclet., L. 7, C., *Quomodo et quando.*

(5) Celsus, L. 14; — Tryphon, L. 52; — Ulpian., L. 55; ff., *de Re judicat.*

mule, le juge doit condamner ou absoudre le défendeur; cependant il peut se soustraire à la nécessité de prononcer, en jurant *sibi non liquere* (1).

Nous avons déjà dit que, quelle que fût la nature du procès, même quand le demandeur réclamait un corps certain, le juge ne devait pas condamner le défendeur à restituer ou à donner la chose en nature, mais bien à payer une somme d'argent dont le montant était fixé de diverses manières, suivant les circonstances et la nature de l'action (2).

La sentence devait, à peine de nullité, préciser et déterminer la somme à laquelle le défendeur était condamné : aussi on regardait comme nulle la sentence qui aurait condamné à payer *ce qui est dû ;* car une telle sentence n'était pas considérée comme terminant le litige, mais comme faisant naître *ex lite lites novas* (3). Toutefois la condamnation *ad id quod petitum est* était valable, quand l'*intentio* avait pour objet une somme déterminée (4).

§ 230. — Effets généraux de la sentence.

La sentence, régulièrement rendue, constitue la

(1) Cicero, *pro Cluent.*, 47, 28, 38. — Aul. Gell., *Noct. att.*, XIV, 2. — C'est l'inverse de la règle établie par l'article 4 du Code civil.

(2) Gaius, *Comm.* IV, § 48.

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 52.— Ulpian., L. 4, § 5 et 6; L. 5, § 1; L. 59, pr. § 1 et 2, ff., *de Re Judic.*

(4) Ulpian., L. 59, § 1, ff., *de Re judic.*

chose jugée, *res judicata*, dont nous devons, dès à présent, faire connaître les principaux effets (1).

Il faut un terme aux procès: de là, la maxime : *Res judicata pro veritate habetur* (2) : tel est donc l'effet général de la sentence que la décision qu'elle renferme est légalement réputée être la vérité.

La sentence est à l'instance devant le juge ce que la *litis contestatio* est à l'instance devant le magistrat : comme la *litis contestatio*, et dans les mêmes cas, la sentence produit une novation qui éteint le rapport légal préexistant, soit directement (*ipso jure*), quand l'action est personnelle, conçue *in jus* et qu'il s'agit d'un *legitimum judicium;* soit indirectement (*exceptione rei judicatæ*), quand l'action ne réunit pas ces trois caractères. Et de même que la *litis contestatio* avait remplacé le rapport préexistant par le rapport judiciaire: *condemnari vel absolvi oportet;* de même la sentence substitue au *condemnari vel absolvi oportet*, résultant de la *litis contestatio*, l'obligation nouvelle *judicatum facere oportet* (3). (*Voy.* § **204**.)

Toutefois, à cet égard, les effets de la sentence sont bien différents suivant qu'elle prononce absolution ou condamnation. Dans le premier cas,

---

(1) Nous n'indiquerons ici que les conséquences les plus générales : pour les détails, *voy.* ci-après notre livre V.

(2) Ulpian., L. 207, ff., *de Regul. jur.*—Modest., L. 1, ff., *de Re judic.*

(3) Gaius, *Comm.* III, § 180, 181 ; *Comm.* IV, § 106, 107, 108; — Ulpian., L. 3, § 11; L. 9, ff., *de Pecul.*

elle ne produit qu'un effet purement négatif; elle éteint les rapports préexistants, sans leur en substituer de nouveaux. Dans le second cas, au contraire, non-seulement elle détruit le rapport préexistant; mais en outre, au droit, quel qu'il fût, sur lequel le demandeur fondait sa réclamation, elle substitue une créance purement pécuniaire, que le demandeur peut faire valoir par l'action *judicati.*

Ainsi, en résumé et en laissant de côté le cas particulier où la novation s'opère *ipso jure*, si le défendeur gagne son procès, l'absolution ne produit à son profit que l'exception *rei judicatæ*, au moyen de laquelle il pourra repousser toute prétention que le demandeur voudrait élever, par la suite, en se fondant sur les causes qui ont fait l'objet du premier procès. — Si au contraire c'est le demandeur qui triomphe, la condamnation lui procure, dans tous les cas, l'action *judicati;* et aussi l'exception *rei judicatæ*, dans le cas, par exemple, où le défendeur voudrait plus tard revendiquer comme sienne la chose dont le demandeur a été déclaré propriétaire dans le premier procès : *Nam cum judicatur rem meam esse, simul judicatur illius non esse* (1).

Nous reviendrons sur l'action *judicati*, en parlant de l'exécution des jugements, et sur l'exception *rei judicatæ*, en traitant des exceptions.

---

(1) Ulpian., L. 40, § 2, ff., *de Procurat.* — Gaius, L. 15; —Marcell., L. 19; — Paul., L. 30, § 1, ff., *de Except. rei jud.*

V. *OFFICE DU JUGE.*

§ 231. — Idée générale de l'office du juge.

Les fonctions du juge, comme celles de nos jurés, sont tout à la fois un droit et une charge : un droit, car le juge, qui n'est qu'un simple particulier, se trouve investi du pouvoir de juger ses concitoyens; une charge, car il ne peut, sans cause légitime, se dispenser de connaître de l'affaire qui lui est renvoyée (1).

Le mot *officium* désigne l'ensemble des pouvoirs et des obligations du juge. Plusieurs jurisconsultes romains avaient composé des ouvrages spéciaux sur l'office du juge; quelques fragments de ces traités ont été conservés dans le Digeste. Les Institutes de Justinien contiennent même un titre spécial *de Officio judicis;* mais la matière y est à peine ébauchée.

Comme l'office du juge varie selon la nature des diverses espèces d'actions, nous ne pouvons en indiquer ici que les traits généraux (2).

Nous avons souvent comparé le juge romain à nos jurés; mais, quoiqu'il y ait en effet entre eux des points nombreux de ressemblance, il y a aussi des différences essentielles. Le juge avait des pouvoirs bien autrement étendus que ceux de nos jurés : c'était lui, notamment, qui dirigeait les débats et qui prononçait la sentence.

Le juge ne décidait pas moins sur le *droit* que sur

(1) *Voyez* ci-dessus, § 78.

(2) Pour les détails, *voyez* le troisième livre.

le *fait* : cette proposition ne peut plus aujourd'hui faire l'objet d'un doute. Il est vrai que le juge était lié par la formule ; mais cette formule était extrêmement élastique, même dans les cas où, comme dans les actions de droit strict, les pouvoirs du juge étaient le plus restreints. Ainsi, dans ces questions : SI PARET TITIUM DARE OPORTERE MÆVIO... SI PARET HANC REM ESSE SEMPRONII EX JURE QUIRITIUM..., le juge avait nécessairement à examiner les principes du droit civil sur l'acquisition de la propriété, sur la formation des obligations, c'est-à-dire de véritables questions de droit. — Pareillement, dans les actions *in factum*, qui paraissent au premier coup d'œil ne soulever qu'une pure question de fait (SI PARET DEPOSUISSE), n'est-il pas évident qu'il ne suffira pas de constater la remise, et qu'il faudra, en outre, apprécier si cette remise a les caractères juridiques qui constituent le dépôt ? — Il faut en dire autant des actions pénales de vol, d'injure, etc... Le juge devra non-seulement reconnaître le fait matériel, mais aussi le qualifier.

Au reste, plusieurs textes formels confirmeraient, au besoin, l'opinion que nous venons d'émettre : *Jus dicit recepta potestate*, dit Varron en parlant du juge(1) : *Judicibus de jure interrogantibus præsides respondere solent*, dit Ulpien (2). La même observation est vraie, jusqu'à un certain point, pour

(1) Varro, *Ling. latin.* — Senec., *de Benef.*, III, 7.

(2) Ulpian., L. 79, § 1, ff., *de Judic.*; — Pr., Inst., *de Offic. jud.*

nos jurés ; la question : *L'accusé est-il coupable ?* est complexe, et le jury, après avoir reconnu l'existence du fait matériel, a souvent à résoudre une véritable question de droit, pour décider si ce fait a, ou non, les caractères constitutifs de la criminalité légale.

§ 232. Continuation. — A quelles sources de droit le juge est tenu de se conformer.

Le premier et le principal devoir du juge est de juger conformément aux lois, aux constitutions, aux usages : « Imprimis illud observare debet ju- « dex, ne aliter judicet quam quod *legibus*, aut « *constitutionibus*, aut *moribus* proditum est (1). » Il faut ajouter à cette énumération les *sénatus-consultes* et les *réponses des prudents* (2), c'est-à-dire tout ce qui constitue le droit civil, par opposition au droit prétorien.

En effet, quelle que fût l'autorité des édits prétoriens, leur observation n'entrait pas, du moins directement, dans l'office du juge. En d'autres termes, pour appliquer les moyens fondés sur le droit civil, le juge n'avait pas besoin que ces moyens lui fussent formellement soumis : c'était son devoir et son droit de les apprécier. Au contraire, il ne pouvait prendre en considération les moyens fondés sur le droit prétorien, qu'autant que le magistrat avait eu soin de rédiger la formule en conséquence. Ainsi, par

(1) Pr., Instit., *de Offic. jud.*
(2) Modest., L. 19, ff., *de Appell.*;— § 3, Instit., *de Jure nat.*

exemple, quand une dette n'a pas été éteinte par un mode du droit civil, mais que cependant il s'est passé un de ces événements qui, d'après le droit prétorien, dispensent le débiteur de payer, le juge devra condamner celui-ci, à moins que le magistrat n'ait inséré une exception dans la formule. — Pareillement, dans le cas inverse, si une demande n'est fondée que sur le droit honoraire, le magistrat devra rédiger la formule *in factum*, c'est-à-dire en évitant, au moins dans la forme du langage, de poser une question de droit; car autrement le juge, obligé de décider d'après les principes du droit civil, rejetterait nécessairement la demande comme mal fondée en droit; ainsi, dans ce cas, la formule ne devra pas porter: *S'il paraît que Titius doit à Mævius, condamnez;* mais seulement: *S'il paraît que tel fait a eu lieu, condamnez* (1).

Au reste, le devoir de juger selon les lois est tellement rigoureux, que la sentence qui serait directement contraire aux lois est radicalement nulle, sans que la partie qui a succombé ait besoin de recourir à la voie d'appel (2). De plus, le juge qui a violé la loi encourt la peine de la déportation (3).

---

(1) *Voyez* ci-devant § 174, ce qui a été dit des *intentiones in jus* et *in factum;* et, dans le troisième livre, ce que nous disons des actions *in jus* et *in factum.*

(2) Modest., L. 19, ff., *de Appell.*—Alex., L. 2, C., *Quand. prov. non est necess.*

(3) Paul., *Sent. recept.*, V, 25, § 4.

SECTION IV.

Des péremptions d'instance.

§ 233. — Distinction entre les *judicia legitima* et les *judicia quæ imperio continentur.*

Il y a ici une distinction capitale à faire entre les *judicia legitima* et les *judicia quæ imperio continentur*. Le *judicium* est appelé *legitimum*, quand l'instance est engagée à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de Rome, devant un seul juge (*unus judex*) et entre parties qui jouissent toutes du droit de cité romaine. Le *judicium* est dit *imperio continens*, quand il ne réunit pas ces trois caractères (1). Nous n'avons aucune espèce de renseignement sur l'origine de cette distinction, que nous ne connaissons que par le manuscrit de Gaius: tout ce que nous savons, c'est qu'elle ne se liait pas à la division des actions civiles et prétoriennes; car une action, même prétorienne, intentée à Rome, entre citoyens romains et devant un seul juge, formait un *judicium legitimum*. Quoi qu'il en soit, il est certain que cette distinction avait une influence très-notable, tant sur les effets de la *litis contestatio* et de la *sententia* (2), que sur la durée de l'instance.

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 103, 104, 105.
(2) *Voyez* ci-dessus, § 204 et 230.

§ 234. — Péremption des *judicia legitima.*

La durée des *judicia legitima* paraît avoir été illimitée dans l'origine. La loi *Julia* la réduisit à dix-huit mois: *Lege Julia litem anno et sex mensibus mori* (1). Ainsi, à partir de la *litis contestatio* ou de la délivrance de la formule, les parties n'eurent plus que dix-huit mois pour obtenir sentence de juge : après ce délai, l'instance était périmée.

A Rome, la plupart des procès constituaient des *legitima judicia.* Mais le préteur, en nommant le juge, pouvait, du consentement des parties, abréger les délais, et ensuite proroger le délai convenu, pourvu qu'il n'excédât pas le *tempus legitimum* (2).

§ 235. — Péremption des *judicia quæ imperio continentur.*

Le *judicium imperio continens* finit avec les pouvoirs du magistrat qui l'a introduit: *Tamdiu valent, quamdiu is qui ea præcepit imperium habebit* (3). Le délai n'était donc que relatif; et, dans les actions délivrées par le magistrat vers la fin de ses fonctions, les parties pouvaient ne pas avoir le temps nécessaire pour se faire juger. Aussi dans les provinces, où tous les *judicia* étaient *imperio continentia*, les plaideurs se pressaient en foule au com-

(1) Gaius, *Comm.* IV, § 104.

(2) Ulpian., L. 2, § 2; L. 32, ff., *de Judic.* — Ulpian., L. 13, § 1, ff., *de Jurisd.*

(3) Gaius, *Comm.* IV, § 105.

mencement de l'année judiciaire, pour obtenir les formules d'action. Quand il n'y avait pas de raison pour expédier de suite certaines affaires, le sort réglait l'ordre dans lequel les demandes d'actions seraient examinées par le magistrat : « Quia in or« dinem dicebantur causæ propter multitudinem « vel tumultum festinantium, cum erat annus li« tium (1). »

La durée relative fixée aux *judicia imperio continentia* dut tomber en désuétude sous les empereurs qui renouvelèrent les administrateurs des provinces, sans avoir égard aux époques ordinaires (2).

SECTION V.

De quelques procédures exceptionnelles.

§ 236. — Des divers cas dans lesquels on s'écartait de la procédure ordinaire.

Dans les quatre sections qui précèdent, nous avons tracé le tableau de la procédure ordinaire; mais il y avait plusieurs circonstances dans lesquelles on s'écartait du droit commun, pour suivre une mar-

(1) Servius, *ad Virgil. Æneid.*, II, 102. — Conf. Sidon. Appoll., IV, 6, in fin.

(2) Tacit., *Annal.*, I, 80; IV, 6. — Sueton., *Tiber.*, 41.

che spéciale. Il faut citer notamment : 1° les divers cas où le magistrat statuait lui-même sur le fond, sans renvoi à un *judex;* 2° les procès dans lesquels la solution de la question technique était confiée aux *agrimensores;* 3° la procédure des *interdits;* 4° celle des *restitutions en entier*, etc.

Comme, dans la plupart de ces cas, la spécialité de la forme tenait à la nature particulière de l'action (*lato sensu*), pour éviter de scinder la forme d'avec le fond, dans des matières exceptionnelles où cette scission pourrait exposer le lecteur à des rapprochements laborieux, et l'auteur à des répétitions fastidieuses, nous renverrons au livre suivant celles de ces exceptions qui se rattachent à la nature diverse des droits sanctionnateurs : nous dirons seulement ici quelques mots sur la procédure sans *judex*, et sur celle où figuraient les *agrimensores.*

§ 237. — Procédure sans *judex* (1).

A l'époque même où la procédure formulaire était en pleine vigueur, il arrivait souvent que le magistrat, au lieu de renvoyer l'affaire à un juge, la retenait à son tribunal, et prononçait lui-même le jugement sur le fond. Cette procédure exceptionnelle est désignée, dans les textes, par diverses expressions : *cognitio, cognitio extraordinaria, actiones*

---

(1) *Voyez* ci-dessus le § 34, dans lequel nous avons recherché quels étaient les cas où la procédure avait lieu sans *judex.*

extraordinariæ, *judicia extraordinaria*. La demande s'appelait alors plus spécialement *persecutio*, et le jugement prononcé par le magistrat, *decretum* (1).

Le préteur statuait lui-même (*cognoscebat extra ordinem*) dans tous les actes de juridiction volontaire, et même en matière de juridiction contentieuse, sur les fidéicommis, les restitutions en entier, l'exécution des jugements, les envois en possession des biens, etc. (*Voy*. ci-dessus § 34.)

§ 238. **Continuation. — En quoi cette procédure différait de la procédure ordinaire.**

La marche de cette procédure différait essentiellement de celle de la procédure ordinaire. Il y avait, il est vrai, *vocatio in jus;* mais il n'y avait ni édition d'actions, ni formule, ni par conséquent de véritable *litis contestatio:* le préteur, après avoir pris connaissance de l'affaire, prononçait le jugement qu'il faisait exécuter ensuite, notamment par *pignoris capio* (2).

Il pouvait aussi nommer des arbitres pour faire exécuter la sentence, et régler le mode et la nature des prestations qui pouvaient être dues (3). Ces *arbitri*, qui portaient aussi le nom d'*executores*, ne

---

(1) Ulpian., L. 1, § 7, ff., *de Extraord. cognit.* — Ulpian., *Fragm.*, XXV, § 12. — Ulpian., L. 178, § 2, ff., *de Verb. signif.*

(2) Ulpian., L. 1, § 3, ff., *de Insp. ventre;* L. 19, pr., ff., *de Jurisd.*

(3) Paul., L. 10, ff., *Qui satisd. cogant.* — Ulpian., L. 37, ff., *de Fideic. libert.* — Afric., L. 7, ff., *de Confess.*

doivent pas être confondus avec le juge ou l'arbitre proprement dit : ils en différaient en ce qu'ils n'étaient pas choisis par les parties, et qu'ils n'étaient pas chargés de connaître du fond même de l'affaire : « In supplementum pronuntiationis dan« tur arbitri qui *non jam arbitri sed executores* pu« tandi sunt (1). » Cependant, si les arbitres pensent que la demande qu'ils sont chargés de liquider n'est pas fondée, ils doivent en référer au magistrat ; ils peuvent même absoudre le défendeur, si celui-ci se trouve déjà libéré par une exécution antérieure; ou, par exemple, en matière de fidéicommis, s'il est reconnu que l'hérédité n'est pas suffisante pour acquitter les fidéicommis; enfin ils ont, en général, le droit de statuer provisoirement (2).

Au surplus, la procédure extraordinaire n'est pas nécessairement sommaire : le *summatim cognoscere*, expression qui indique les décisions rendues d'après les vraisemblances et sur preuve incomplète, ne se rencontre pas dans toutes les *cognitiones extraordinariæ*; et, réciproquement, elle se présente quelquefois dans la procédure ordinaire (3).

§ 239. — Procédure particulière aux *controversiæ agrariæ*.

La législation romaine concernant la délimita-

(1) Constantin., L. unic., § 1, C. Th., *de Litig.* ; L. 3, C. Th., *fin. reg.* — Afric., L. 7, ff., *de Confess.*

(2) Afric., L. 7, cit.

(3) Ulpian., L. 3, § 9 et 13, ff., *ad Exhibend.* — Paul., L. 40, ff., *ad Leg. Aquil.*

tion des fonds de terre était, comme on sait, fort compliquée. On distinguait les terres limitées (*agri limitati*) des terres qui n'avaient point été bornées par l'autorité publique (*agri occupatorii*, *agri arcifinales*), etc. On reconnaissait, en outre, plusieurs espèces de délimitations : les bornes proprement dites (*termini*, *termini comportionales*), le sillon allant d'une borne à l'autre (*rigor*, *limes*), le *finis* ou espace de cinq pieds de large, établi par la loi *Mamilia*; le *locus*, les *subseciva*, etc. etc.

Les auteurs anciens, qui ont traité spécialement cette matière, aujourd'hui si obscure, *scriptores rei agrariæ* (1), distinguaient jusqu'à quinze espèces de controverses relatives aux limites (*controversiæ agrariæ*).

Nous ne pouvons nous occuper ici des règles de fond d'un sujet qui rentre plus naturellement dans le traité de la propriété : qu'il nous suffise d'indiquer sommairement ce qu'il y avait de particulier dans la procédure des *controversiæ agrariæ*.

Dans les procès ordinaires, le juge est chargé de résoudre lui-même toutes les questions de fait et de droit que lui soumet la formule. Sans doute, il ne lui est point interdit de consulter sur les questions techniques les hommes spéciaux; mais c'est un avis qu'il prend, et non une règle qu'il

(1) M. Giraud, professeur à la Faculté de droit d'Aix, prépare en ce moment une édition nouvelle des *Scriptores rei agrariæ* : ce sera un véritable service rendu à la science, car l'édition de Goesius est fort imparfaite.

s'oblige à suivre. — Il en était autrement dans les *controversiæ agrariæ*: la question technique n'était point décidée par le juge, mais par des hommes qui faisaient de l'étude de ces sortes de questions une profession spéciale : on les nommait *agrimensores.*

La nature du rôle que remplissaient les *agrimensores* n'est pas bien connue. D'une part, il est positif qu'ils ne constituaient pas une classe de jurés; car nous les voyons fonctionner, au moins dans plusieurs controverses, à côté des *tres arbitri* établis par les XII Tables pour ces sortes de procès, et de l'arbitre unique institué par la loi *Mamilia* (1). Mais, d'autre part, il paraît bien certain aussi, au moins pour plusieurs controverses, que l'*agrimensor* était plus qu'un expert ordinaire, et que les juges devaient se conformer à sa décision : on se demande alors à quoi pouvait servir le juge ou l'arbitre? — Tout cela est fort difficile à expliquer.

Quoi qu'il en soit, il est au moins certain que l'intervention de l'*agrimensor* donnait à la procédure un caractère spécial, puisque les auteurs opposent souvent l'*ars mensoria* au *jus ordinarium* : « In hac controversia plus potestatis habet jus ordinarium quam ars mensoria (2). »

---

(1) Aggenus, p. 53 et 82.

(2) Frontin., p. 41.

CHAPITRE TROISIÈME.

PROCÉDURE NOUVELLE SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS.

SECTION I.

Caractères de la procédure nouvelle.

§ 240. — Origine de la nouvelle procédure.

La procédure extraordinaire dont nous avons parlé plus haut avait existé de tout temps à Rome. Peut-être même est-elle la plus ancienne; car il est déjà fait mention de la *persecutio* par opposition à la *petitio* et à l'*actio* dans la formule de la stipulation aquilienne (1); d'un autre côté, si l'on adopte l'opinion de M. Heffter, le juge serait resté étranger à l'action *sacramenti* jusqu'à la loi *Pinaria* (2). Quoi qu'il en soit, ces procédures exceptionnelles se multiplièrent sous les empereurs : si nous en croyons Julien et Callistrate, il paraît que de leur temps il dépendait à peu près des magistrats de renvoyer au juge ou de connaître eux-mêmes (3). Enfin Dio-

(1) § 2, Inst., *Quib. mod. oblig. toll.*
(2) *Voyez* ci-dessus, page 389.
(3) Julian., L. 8; — Callistr., L. 9, ff., *de Offic. præsid.*

clétien, par une constitution de l'an 294, convertit l'exception en règle générale. Il enjoignit aux présidents des provinces de statuer eux-mêmes sur tous les procès, en leur permettant toutefois de renvoyer la connaissance du litige aux juges pédanés (1), mais seulement quand les affaires seraient de peu d'importance, ou lorsque des occupations plus pressantes ne leur permettraient pas de vaquer eux-mêmes à l'administration de la justice (2).

Quoique la constitution de Dioclétien ait été rendue spécialement pour les provinces, il paraît bien certain que l'*ordo judiciorum* tomba en même temps à Rome et dans toute l'Italie. (*Voy.* § 100.)

§ 241. — Influence de l'abolition de l'*ordo* sur la nature juridique de l'action.

La nature des actions subit nécessairement de profondes altérations, par suite de l'abolition de l'*ordo judiciorum*.

Dans la procédure formulaire, on avait justement défini l'action, le droit de poursuivre devant des jurés, *jus persequendi in judicio*... En effet, nul ne pouvait introduire une instance sans en avoir préalablement obtenu la permission, le droit, c'est-à-dire la formule. — Depuis Dioclétien chacun peut, à ses risques et périls, introduire une instance, sans avoir aucune permission à demander : l'action est encore, il est vrai, le *droit*

(1) *Voyez* ci-dessus, page 320 et suiv.

(2) Diocl. et Maxim., L. 2, C., *de Pedan. jud.*

de poursuivre : mais ce droit sanctionnateur est désormais la suite nécessaire de la violation du droit sanctionné; et il n'est plus nécessaire qu'il soit accordé d'une manière spéciale par le magistrat. Les mots *in judicio* ont aussi perdu la signification technique qu'ils avaient dans l'ancienne définition ; et c'est à tort que Justinien a conservé une expression qui ne convenait plus de son temps.

Sous le point de vue de la forme extérieure, la différence n'est pas moins tranchée : l'action formulaire était un acte émané de l'autorité publique, un véritable arrêt interlocutoire rendu par le magistrat; sous Justinien, ce n'est plus que l'expression d'une prétention bien ou mal fondée, mais en définitive un acte purement privé.

§ 242. — Influence de l'abolition de l'*ordo* sur la nature juridique des exceptions.

C'est surtout dans la matière des exceptions que l'on peut se convaincre de l'absence complète de discernement des compilateurs aux ordres de Justinien : sans tenir aucun compte des changements radicaux survenus dans l'organisation judiciaire et dans la procédure, ils ont reproduit littéralement toutes les définitions et les explications écrites par les jurisconsultes sous l'empire de la procédure formulaire. Dans cette procédure, ainsi que nous l'avons dit, l'exception était une restriction apportée par le magistrat au pouvoir de condamner que la formule conférait au juge, et nous avons vu que la nécessité des exceptions reposait uniquement

sur ce que le juge n'eût pu, sans ces restrictions, prendre en considération certaines circonstances dont l'appréciation ne rentrait pas de plein droit dans son office. — Mais quel sens tout cela peut-il avoir sous Justinien, puisque, de son temps, il n'y a plus de formule, et que le magistrat chargé de statuer sur le fond peut, en vertu de sa juridiction, prendre en considération, soit pour condamner, soit pour absoudre, aussi bien les motifs qui ne reposent que sur le droit prétorien, que ceux qui résultent du droit civil? Il est évident que l'ancienne nature des exceptions n'existe plus; et qu'elles rentrent désormais dans les défenses ordinaires.

SECTION II.

Marche de la procédure sous les empereurs chrétiens.

I. *MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DES PARTIES.*

§ 243. — 1. *Denuntiatio litis.* (*Voy.* § 193.)

Dans l'ancienne procédure, le demandeur citait son adversaire *in jus* : là, il éditait son action; puis le défendeur obtenait un délai pour préparer ses moyens, en promettant de se représenter devant le magistrat au jour fixé par le *vadimonium*. Mais

dès le temps de Marc-Aurèle, l'embarras et les lenteurs résultant de la *vocatio*, de l'*editio*, du *vadimonium* et de la double comparution, pouvaient être évités au moyen de la *denuntiatio actionis*. A cet effet, le demandeur faisait connaître au défendeur la nature de la réclamation qu'il se proposait d'intenter contre lui (*denuntiabat actionem*); on convenait d'un jour pour la comparution; les parties se présentaient au jour convenu, et l'instance *in jure* se terminait ainsi d'un seul coup, au moyen d'une seule comparution (*lis contestabatur*). Les avantages que les deux parties retiraient de cette manière d'introduire l'instance, rendirent de plus en plus fréquent l'usage des *denuntiationes*, qui devinrent, sous les empereurs chrétiens, le mode ordinaire d'ajournement.

Jusqu'à Constantin, la *denuntiatio* était, comme la *vocatio in jus*, un acte purement privé, fait en présence de témoins : cet empereur en fit un acte public. La citation était constatée par un procès-verbal dressé par un officier public ayant le *jus actorum conficiendorum* (1); on remettait sans doute au défendeur une copie authentique de ce procès-verbal, qui, quant à l'instruction du procès, tenait ainsi lieu tout à la fois et de l'ancienne *vocatio* et de l'ancienne *actionis editio*. Mais rien n'autorise à penser que la citation, introduite par Constantin, exigeât le concours d'une autorité judiciaire pro-

---

(1) Constantin., L. 2, C. Th., *de Denunt.* — Arcad. et Honor., L. 9, C. Th., *de Infirm. his quæ sub tyrann.*

prement dite, ni surtout la coopération du juge devant lequel devait être porté le procès (1).

Dans certains cas particuliers, le demandeur présentait au juge une requête (*libellus*) contenant un exposé de sa demande, avec prière de faire comparaître le défendeur : le magistrat en faisait donner connaissance au défendeur par le ministère d'un huissier (2). Ce mode d'ajournement était déjà suivi au temps des jurisconsultes classiques pour les *extraordinariæ cognitiones* (3) (*voy.* § 238) ; il le fut, plus tard, dans les causes sommaires qui n'exigeaient pas de *litis denuntiatio* (4).

§ 244. — II. *Rescripti editio.*

Quelquefois on s'adressait à l'empereur, qui, par un rescrit, renvoyait les parties devant le gouverneur de la province. Ces rescrits, très-fréquents dans le Bas-Empire, devinrent à la fin une manière

(1) Leo et Anthem., L. 14, § 4, C., *de Sacrosanct. eccles.* — Justin., L. 41, C., *de Episcop. et cler.* — Valent. et Valens, L. 20, C. Th., liv. V, tit. XIII. — Constantin., L. 3 ; — Honor. et Theod., L. 8, C. Th., *de Donat.*

(2) Constantin., L. 2, C. Th., *de Denunt.* — Theod., L. 1, § 1, C. Th., *de Act. cert. temp.* — Arcad. et Honor., L. 9, C. Th., *de Infirm. his.*

(3) Ulpian., L. 1, § 1, ff., *de Feriis*; L. 1, § 2 et 3, ff., *de Inspiciendo ventre.* — Paul., L. 2, § 1, ff., *si quis in jus voc.* — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XI, 1.

(4) Symm., *Epist.*, X, 48. — La citation *per libellum* est constamment mise en opposition à la *litis denuntiatio ;* mais il est difficile de bien expliquer quelle est la portée de cette opposition.

régulière de commencer l'instance. Le rescrit impérial était déposé *apud acta*, et le magistrat le faisait signifier au défendeur (*rescripti editio*) (1).

Conventio était l'expression générique pour les deux modes d'ajournement qui viennent d'être décrits; on les trouve aussi désignés par ces phrases techniques : *Solemni modo litem insinuare*, ou *intimare*, *rescriptum edere*, ou *solemniter intimare* (2).

§ 245. — Délais pour la comparution.

Quant aux délais dans lesquels le défendeur était tenu de comparaître, nous ne les connaissons pas mieux que ceux de l'ancien *vadimonium*. Quelques constitutions parlent d'un délai de quatre mois (3) : au fond cela est peu important; il suffit de savoir qu'il existait un intervalle quelconque entre la citation et la comparution. D'après une constitution de Valentinien, il paraît que ce délai ne pouvait être prolongé (4); mais, sans doute, il pouvait être abrégé dans les causes urgentes. Probablement aussi, le jour de la comparution était indiqué par la *denuntiatio*.

Le demandeur qui ne se présentait pas au jour

---

(1) C. Th., *de Divers. rescript.* (lib. 1, tit. 2). — C. Justin., lib. 1, tit. 19, 20, 21 et 22.

(2) Theod., L. 1, § 1, C. Th., *de Actionib. cert. temp. fin.* — Constantin., L. 1, C. Th., *de Denunt.*— Arcad. et Honor. L. 1, C. Th., *Utrubi.*—Grat., Valent. et Theod., L. 2, C. Th., *Unde vi.*

(3) Constant. et Constans, L. 3, C. Th., *de Dilationib.*

(4) Valent., Theod. et Arcad., L. 4, C. Th., *de Denunt.*

fixé, *causa cadebat* (1); le défendeur qui faisait défaut était traité comme contumace (2).

Quand la non-comparution, au terme fixé par la *litis denuntiatio*, provenait de la faute du juge, celui-ci était tenu d'indemniser les parties (3). Dans ce cas, comme dans tous ceux où la partie défaillante avait une cause d'excuse, on pouvait obtenir de l'empereur la *reparatio denuntiationis*, et un nouveau délai de quatre mois au plus (4). Mais, après un second défaut (*ex secundo lapsu*), il n'y avait plus de réparation possible (5).

Quand une des parties mourait pendant le procès, les héritiers jouissaient d'un nouveau délai, qui ne commençait à courir que du jour de l'addition d'hérédité (6).

§ 246. — III. Citation à bref délai.

Dans certaines affaires urgentes, de peu d'importance, ou d'une décision facile, l'instance pouvait être introduite, sans *denuntiatio* ni *editio rescripti*, par une simple citation. D'après une

(1) Constantin., L. 1, C. Th., *de Tempor. curs.*

(2) C. Th., Novell. XII, c. 15.

(3) Constantin., L. 2, C. Th., *de Temp. cursu.* — Valent. et Valens, L. unic., C. Th., *de Secundo lapsu.*

(4) Constantin., L. 1, C. Th., *de Tempor. cursu.* — Symm., *Epist.*, X, 39 et 59.

(5) Valent. et Valens, L. unic., C. Th., *de Secundo lapsu.* — Symm., *Epist.*, X, 59.

(6) Constantin., L. 3; — Constantin., Constant. et Constans, L. 4, C. Th., *de Tempor. cursu.* — Symm., *Epist.*, X, 52.

constitution de Constantin, on procédait de cette manière pour les demandes liquides justifiées par écrit, pour l'interdit *unde vi* et pour certains cas de révocation de donation (1). Cela fut ensuite étendu aux demandes qui n'excédaient pas 100 solides, aux fidéicommis, au prêt, à la plainte de testament inofficieux, à l'action de tutelle, de gestion d'affaires et aux demandes formées par les églises (2). Justinien introduisit des précautions fort sages pour prévenir les surprises et les fraudes qui auraient pu résulter du concert du demandeur et de l'huissier (3).

§ 247. — IV. Mode nouveau d'introduction de l'instance sous Justinien.

Justinien introduisit un nouveau mode de citation, qui suppose l'intervention du juge, et qui paraît n'être que la citation *per libellum*, régularisée et généralisée. (*Voy.* § 243.)

Le demandeur présentait au tribunal sa demande par écrit (*libellus conventionis*), avec requête tendant à ce qu'elle fût communiquée au défendeur. —Le *libellus conventionis* contenait un exposé sommaire des moyens et de la demande. Il devait être signé du demandeur ; ou, si celui-ci ne savait pas

(1) Valent., Valens et Grat., L. 3, C. Th., *de Denunt.* — Grat., Valent. et Theod., L. 6, § 1, C. Th., *de His quæ adm.*

(2) Arcad., Honor. et Theod., L. 6 ; — Honor. et Theod., L. 7, C. Th., *de Denunt.*—Arcad. et Honor., L. unic., C. Th., *Utrubi.* — Constantin., L. 1, C., *Si per vim.*

(3) Novell. LIII, c. 3 ; XCVI, c. 1 et 2; CXII ; CLI.

écrire, il devait (1) l'être par un *tabularius* (2).— Le demandeur y prenait l'engagement : 1° de lier l'instance contradictoirement dans le délai de deux mois, sous peine de payer au défendeur le double des frais déjà dépensés ; 2° de poursuivre l'instance jusqu'à sentence définitive; et, en cas de non succès, de rembourser au défendeur tous les frais. Ce double engagement était garanti par serment ou par caution, laquelle ne pouvait excéder 36 solides pour le premier ; et s'élevait ordinairement, pour le second, à la dixième partie du litige (3).

Sur cette requête intervenait une ordonnance du juge (*sententia*, *interlocutio*, *præceptum*) qui rejetait ou accueillait la requête (4). — Dans le premier cas, la procédure se trouvait arrêtée dès son début, et le procès ne pouvait avoir lieu. Mais, sans doute, le juge ne refusait ainsi au demandeur la faculté d'engager le litige, qu'autant que la demande était évidemment non recevable ou mal fondée. — Dans le second cas, l'ordonnance contenait ordre d'assigner le défendeur (*commonitio*, *sententia commoni-*

---

(1) § 24, 33-35, Inst., *de Action.* — Ulpian., L. 1, pr., ff., *de Edendo.* — Justinian., L. 3, C., *de Ann. except.*

(2) Nov. CXII, cap. 2.

(3) Nov. LIII, pr. et cap. 1 et 2; XCVI, pr. et cap. 1; CXII, cap. 2. — Edict. Justin., VII, cap. 5.

(4) Marcian., L. 25, § 1 et 2; — Leo et Anthem., L. 33, pr., et § 2 et 5; L. 37, § 2, C., *de Episc. et cler.* — Leo, L. 6, § 1 et 3, C., *de His qui ad eccles.* — Arcad., Honor. et Theod., L. 26, C, *de Procurat.* — *Voy.* ff., titre *Quar. rer. actio non datur.*

toria, *admonitio*, *conventio*, *citatio*) (1); et l'exécution en était mandée, soit verbalement soit par écrit, à un huissier du tribunal (2) : c'était une véritable ordonnance de *soit communiqué*.

En vertu de cette ordonnance, l'un des huissiers du tribunal (*executor*) notifiait l'assignation au défendeur ou à ses représentants légaux (3). — L'huissier recevait du défendeur des épices déterminés par l'objet de la demande; il se faisait remettre un récépissé de la citation (*libellus responsionis*, *contradictorii libelli*) (4); enfin, il faisait donner au défendeur caution de comparaître (*cautio in judicio sisti*). — Par cette caution, le défendeur s'engageait à se présenter au jour fixé par l'assignation, et à rester dans l'instance jusqu'au jugement définitif (5): elle remplaçait donc, tout à

(1) Justinian., L. 1, § 3, C., *de Adsert. toll.*; L. 5, C., *de Duob. reis stipul.* — Arcad., Honor. et Theod., L. 5, C. Th., *de Princ. agent. in reb.*

(2) Honor. et Theod., L. 17, § 1, C., *de Dignitat.* — Anastas., L. 12, § 2; — Justinian., L. 14, C., *de Proxim. sacr. scrin.* — Zeno, L. 8, C., *de Princip. agent. in reb.*; L. 3, C., *de Privil. schol.* — Leo et Zeno, L. 4, C., *de Castrens. et ministr.* — Lydus, *de Magistr.*, III, 15. — Symm., *Epist.*, X, 43.

(3) Grat, Valent. et Theod., L. 6, C., *Unde vi.* — Honor. et Theod., L. 3, C., *Qui legit person.*

(4) Nov. LIII, cap. 3, § 2. — Cf. Arcad. et Honor., L. un., C., *de His qui potent. nomine.*

(5) Nov. LIII, pr., cap. 1; cap. 3, pr., et § 2; cap. 4. — Marcian., L. 25, § 1 et 2; — Leo et Anthem., L. 33, § 2, C., *de Episc. et cleric.* — Justinian., L. 4, § 1, C., *de Sportul.* —

la fois, et l'ancien *vadimonium* et la caution *de re defendenda.* Régulièrement, le défendeur devait garantir son engagement par fidéjusseur solvable. Le montant du cautionnement était fixé par le juge, d'après l'objet de la demande (1). — Si le défendeur ne pouvait fournir caution, il était placé sous la garde de l'huissier, ou retenu en prison jusqu'au jour de la comparution (2). Etaient affranchies de cette rigueur les femmes et certaines personnes privilégiées (3). Quand le défendeur était propriétaire, ou qu'il appartenait à la classe des *illustres*, on se contentait de sa simple caution juratoire (4). — Il ne paraît pas probable qu'on respectât encore l'ancien principe, qui défendait de citer le défendeur dans sa propre maison.

Le délai accordé au défendeur fut d'abord de dix jours; Justinien le porta à vingt jours (5).

Zeno, L. 8, C., *de Princip. agent. in reb.;* L. 3, C., *de Privil. schol.* — Leo et Zeno, L. 4, C., *de Castrens. et minist.*— *Voy.* aussi, au Digeste, les titres : *Qui satisd. cog.* et suiv.

(1) Marcian., L. 25, § 1, C., *de Episc. et cler.* — Justinian., L. 4, § 1, C., *de Sportul.* — L. 8, § 8, C., *de Delator.* — C. Th., Nov., LXXVIII, § 15.

(2) Grat., Valent. et Theod., L. 1, C., *de Sportul.;* L. 6, C., *de Custod. reor.* — Constantin., L. 2, C., *de Exact. trib.*

(3) Nov. CXXXIV, cap. 9. — Constantin., L. 1, C., *de Offic. divers. jud.;* L. 6, C., *de Profess. et med.* — Anastas., L. 3, § 6; L. 5, § 6, C., *de Advoc. div. judic.*

(4) Macer., L. 15, ff., *Qui satisd. cogant.* — Justinian., L. 4, § 1, C., *de Sportul.* — Zeno, L. 8, C., *de Princip. agent. in reb.* — Honor. et Theod., L. 17, C., *de Dignit.*

(5) Nov. LIII, cap. 3.

§ 248. — V. Du cas où l'une des parties fait défaut devant le juge, ou procédure contre les contumaces. (*Contumacia*, *Eremodicium*.)

Dans l'ancien *ordo judiciorum*, nous avons constaté l'existence d'un double système de mesures destinées à assurer la comparution des parties, selon qu'il s'agissait de la comparution devant le magistrat, *in jure*, ou de la comparution devant le juge, *in judicio*.

A la première se rapportent les moyens de contrainte exclusivement dirigés contre le défendeur : l'*in jus vocatio* violente, la *missio in possessionem bonorum*, les *vadimonia*. (§ 192, 194 et suiv.) A la seconde se rapporte la procédure contre les contumaces, laquelle pouvait avoir lieu aussi bien contre le demandeur que contre le défendeur. (§ 223 et 224.)

Sous les empereurs chrétiens, les rôles, autrefois si divers de magistrat et de juge, appartinrent au même fonctionnaire ; et les deux instances *in jure* et *in judicio* se trouvèrent confondues en une seule : il y avait donc nécessité, soit d'opter entre les deux systèmes anciens, soit de les combiner pour en former un système unique, accommodé aux nécessités de la nouvelle organisation judiciaire. Au lieu de cette marche logique, Justinien a reproduit, dans sa compilation, les règles de l'un et de l'autre système, sans s'inquiéter autrement de coordonner ces éléments contradictoires.

Tâchons de suppléer à l'incurie des compilateurs.

§ 249. Continuation. — Contumace du défendeur.

Il faut distinguer deux cas: 1° le défaut faute de comparaître, et 2° le défaut faute de défendre.

I. *Défaut faute de comparaître.* — 1° Ou bien le défendeur se cache de telle sorte que l'huissier ne peut le rencontrer pour lui signifier la citation; 2° ou bien, après avoir reçu l'assignation, il n'y obéit pas, et manque à la promesse qu'il a faite *in judicio sisti*. — Dans ce dernier cas, on peut agir contre la caution (1), et, en outre, contraindre le défendeur à comparaître, soit en le condamnant à l'amende (2), soit même en le faisant amener de force (*exhibitio*) (3). — Dans le premier cas, et aussi dans le second, quand l'exhibition ne peut avoir lieu, et que les amendes ne peuvent vaincre la résistance du défendeur, on recourt à la procédure contre les contumaces.

En conséquence, le juge rend successivement trois édits, dont le dernier est péremptoire (4). — Si le défendeur ne comparaît pas sur le troisième édit, ce qui est constaté par un triple appel de

(1) Ulpian, L. 2, § 5, ff., *Qui satisd. cogant.* — Justinian., L. 26, C., *de Fidejuss.*

(2) Aul. Gell., *Noct. attic.*, XI, 1. — Paul., L. 2, § 1, ff., *Si quis in jus voc.* — Ulpian., L. 1, § 3, ff., *de Inspic. ventre.*

(3) Nov. LIII, cap. 4, pr.

(4) *Voyez* page 504, note 2.

l'huissier (*citatio præconis*) (1), le défendeur perd le bénéfice de ses exceptions et de la preuve contraire ; et le demandeur est admis à faire juger sa demande en l'absence de son adversaire. Au surplus, la contumace du défendeur n'entraîne pas nécessairement, pour lui, la perte de sa cause; le demandeur est au contraire tenu de prouver sa demande; et le défendeur, quoique absent, n'est condamné qu'autant que la demande est justifiée.

Cette procédure est moins rigoureuse que l'ancienne, sous un triple rapport. D'une part, en effet, le défendeur qui se cache n'est plus réputé *pro damnato*, comme du temps de l'*ordo judiciorum* (§ 195). D'autre part, la *missio in bona* n'est plus ordonnée qu'après que, le demandeur ayant fourni sa preuve, le défendeur a été condamné (2). Enfin, l'envoi en possession ne porte sur tous les biens du débiteur, qu'autant qu'il se présente plusieurs créanciers : dans le cas contraire, l'envoi en possession ne comprend que la quantité de biens nécessaires pour satisfaire le demandeur (3).

Ce n'est pas tout : alors même que le défendeur a

---

(1) Marcell., L. 7, pr., ff., *de In integr. restit.* — Ulpian., L. 73, pr., ff., *de Judic.* — Nov. CXII, cap. 3, pr. — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XI, 1. — Symm., *Epist.*, X, 43.

(2) Anton., L. 1, C., *Quor. appell. non recip.* — Diocl. et Maxim., L. 9, C., *de Bon. auct. jud. poss.* — Nov. LIII, cap. 4, § 1; LXIX, cap. 3. — C. Th., Nov. XLIX, § 2; LXXVIII, § 1 et 15.

(3) Leo, L. 6, § 3 et 4, C., *de His qui ad eccles.* — Justinian. L. 10, C., *de Bon. auct. jud. poss.*

été condamné, et que le créancier a obtenu l'envoi en possession, tout n'est pas perdu pour le débiteur. En effet, la vente des biens ne peut avoir lieu qu'après un délai assez long (1); et le débiteur peut encore, jusqu'à ce que cette vente soit consommée, se faire relever du défaut et obtenir la faculté de se défendre, en remboursant tous les frais faits par le demandeur et en offrant caution (2).

Quand l'action est *in rem*, et que le défendeur ne comparaît pas après le troisième appel (3), le demandeur a le choix entre ces deux partis : — 1° Ou bien, il peut continuer l'instance, et obtenir ainsi la possession *définitive* de l'objet en litige, en fournissant la preuve *complète* de son droit. — 2° Ou bien, il peut se borner à faire une preuve *sommaire* de son droit, et obtenir un envoi en possession *provisoire* de la chose litigieuse (4). Dans ce dernier cas, le défendeur peut, dans l'année, se faire remettre en possession, en offrant de se défendre, et en donnant caution (5). L'année expirée, le défendeur n'a plus

---

(1) Diocl. et Max., L. 9; — Justinian., L. 10, § 1, C., *de Bon. auct. jud. poss.*

(2) Ulpian., L. 33, § 1, ff., *de Reb. auct. jud. poss.* — Novell. LIII, cap. 4, § 1.

(3) Diocl. et Maxim., L. 8, C., *Quomodo et quando.* — Constantin., L. 2, C., *Ubi in rem actio.* — L. 8, § 8, C., *de Delat.*

(4) Constantin., L. 2, C., *Ubi in rem actio.* — L. 8, § 8, C., *de Delat.*

(5) Justinian., L. 8, § 3, C., *de Præscr. trig. ann.*

d'autre ressource que de revendiquer comme demandeur (1).

II. *Défaut faute de défendre.* — Quand le défendeur, ayant comparu une première fois, se refuse à continuer l'instance; et que le demandeur peut craindre la péremption de trois ans, à laquelle sont soumises toutes les instances, on procède à peu près de même que pour la contumace faute de comparaître. A la requête du demandeur, le défendeur est sommé par trois fois, à dix jours d'intervalle, de présenter sa défense. Si le défendeur ne se présente pas, il y a *eremodicium :* en conséquence, le demandeur continue l'instance, comme si l'adversaire était là pour se défendre; et le juge condamne le défendeur, si toutefois le demandeur a justifié sa demande.

La principale différence entre la contumace faute de comparaître et celle faute de défendre consiste en ce que, dans cette dernière, le défendeur, une fois condamné, l'est définitivement, et se trouve déchu de toute défense ultérieure, alors même qu'il offrirait caution (2).

§ 250. Continuation. — Contumace du demandeur.

Il faut distinguer le cas où le demandeur fait défaut avant que le défendeur ait fourni ses défen-

(1) Ulpian., L. 7, § 17, 18 et 19, ff., *Quib. ex caus. in poss.* — Scævola, L. 45, ff., *de Damn. inf.* — African., L. 15, ff., *de Oper. novi nunc.* — Symm., *Epist.*, X, 39.

(2) Justinian., L. 13, § 3, C., *de Judic.*

ses, de celui où il fait défaut après que son adversaire s'est défendu.

I. Dans la première hypothèse, le demandeur qui ne se présentait pas au terme fixé par la citation donnée à sa requête était déclaré déchu de sa demande (1); mais peut-être, dans ce cas, le défendeur était-il absous de l'instance (*absolutio ab instantia*), plutôt que de l'action elle-même (*absolutio ab actione*) (2).

Justinien régla ce cas d'une manière nouvelle. Si le demandeur ne comparaît pas au terme fixé, le défendeur a deux voies à prendre. — 1° Il peut se borner à demander, après un délai de dix jours, l'absolution *ab instantia*, avec condamnation du demandeur aux frais (3) : c'est notre congé-défaut, qui ne met point le défendeur à l'abri d'une nouvelle poursuite. — 2° Si donc le défendeur désire en finir d'une manière définitive, c'est-à-dire obtenir absolution *ab actione*, il doit provoquer contre le demandeur défaillant la procédure de contumace (4). A cet effet, le demandeur est assigné trois fois, à des intervalles de trente jours ; on attend ensuite encore une année entière; puis la cause est jugée sur les preuves fournies par le défendeur. Avant le jugement, le demandeur peut

(1) Symm., *Epist.*, X, 52. — Constantin., L. 1, C. Th., *de Temp. cursu.*

(2) C. Th., Novell., LXXVIII, 14.

(3) Novell. LIII, cap. 1; LXIX, cap. 3, pr.

(4) Novell. CXII, cap 3.

reprendre l'instance, à la charge de payer tous les frais ; mais, s'il l'abandonne ensuite une seconde fois, le défendeur est absous *ab actione* (1).

II. Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire quand le demandeur ne fait défaut qu'après que le défendeur a produit sa défense, on suit la même procédure, avec cette différence, que le défendeur ne peut plus provoquer la procédure de contumace, qu'autant que le terme de la péremption triennale approche : jusque-là, le défendeur ne pourrait obtenir qu'une absolution *ab instantia* (2).

§ 251. Continuation. — Conséquences communes à la contumace, soit du demandeur, soit du défendeur.

Outre les conséquences particulières à la contumace de chacune des parties en cause, il en est de communes qui s'appliquent à l'une et à l'autre.

1° Le contumace est condamné aux frais, alors même qu'il gagne son procès (3).

2° Le contumace est déchu de l'appel. Toutefois il peut appeler, en soutenant qu'il a été à tort traité comme contumace (4).

---

(1) Cf. Justin., L. 15, C., *de Judic.*

(2) Justin., L. 13, § 3 et 5, C., *de Judic.*

(3) Justin., L. 13, § 2; L. 15, C., *de Judic.* — Novell. XLIX, cap. 1, pr.

(4) Paul., *Sentent. recept.*, V, 5 (A), § 7. — Papinian., L. 23, § 3, ff., *de Appell.* — Ulpian., L. 73, § 3, ff., *de Judic.* — Anton., L. 1, C., *Quor. app. non recip.* — Justin., L. 13, § 4, C., *de Judic.* — Novell. LXXXII, cap. 5.

§ 252. — VI. *Impetratio actionis.*

Quoique, depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum*, les formules d'action n'existassent plus, il resta encore pendant quelque temps des vestiges de l'ancienne manière de procéder : le demandeur devait, lors de l'enregistrement au greffe, soit de la *denuntiatio*, soit du rescrit impérial, demander la formule d'action qu'il aurait sollicitée autrefois pour obtenir d'être renvoyé devant un juge (*actionem postulare*, *impetrare*). Celui qui aurait négligé de remplir cette formalité préliminaire, aurait été repoussé plus tard par l'exception *non impetratæ actionis.* C'est seulement sous Théodose et Valentinien que cette exception fut supprimée (1).

II. *PROCÉDURE BILATÉRALE.*

§ 253. — Nature de cette procédure.

La marche de cette procédure ne paraît pas avoir été réglée d'une manière très-précise. Le juge avait, sur la direction de l'instruction, un pouvoir à peu près arbitraire : et ce fait s'explique aisément, si on se rappelle que la procédure nouvelle n'est que l'ancienne *cognitio extraordinaria* des temps classiques, procédure dans laquelle tout dépendait de la volonté du magistrat.

On n'avait point limité le nombre des produc-

(1) Theod. et Valent., L. 1, C. Th., *de Omiss. act. imp.* — Theod. et Valent., L. 2, C., *de Formul.*

tions à faire par les parties : aussi chacune d'elles pouvait multiplier, à peu près sans limites, les productions de preuves et de moyens qu'elle jugeait utiles à sa défense (1). Toutefois, pour empêcher que l'un des plaideurs n'abusât de cette faculté, pour retarder indéfiniment la décision, Justinien décida que, lorsque l'une des parties déclarerait n'avoir plus rien à produire, le juge pourrait rendre son jugement, après avoir accordé à l'adversaire trois délais, d'un mois chacun, pour compléter sa production (2).

Nous n'entrerons pas à cet égard dans de plus grands détails. Les personnes qui désireraient se faire une idée plus complète de la marche de la procédure au Bas-Empire, ne peuvent rien lire de mieux que la correspondance de Symmaque : cet auteur y rend compte de plusieurs procès qu'il avait dirigés en personne (3)

§ 254. — I. *Litis contestatio.* (*Voy.* § 141 et 202.)

Dans les temps primitifs, la *litis contestatio* était une invocation solennelle de témoins ; dans la procédure formulaire, c'était l'obtention de la formule. Mais que peut-elle être dans le système que nous examinons? et à quel fait faut-il s'arrêter pour en déterminer l'époque précise?

Il est certain que, même au temps de Justinien, on ne confondait pas l'ajournement avec la *litis*

(1) Constantin., L. 1, C. Th., *de Judic.*

(2) Novell. CXV, 2.

(3) *Voy.* notamment les lettres 39 et 48 du dixième livre.

contestatio : la novelle LIII, c. 3, déclare expressément que, jusqu'à la *litis contestatio*, les parties ne sont point encore liées; que notamment elles peuvent encore récuser le juge, ce qui ne serait plus possible après la *litis contestatio*. D'un autre côté, dans la procédure nouvelle, il fallait bien qu'avant de plaider au fond, le demandeur exposât ses prétentions; afin que le défendeur pût opposer certains moyens, qu'il ne serait plus temps de présenter, quand une fois le débat aurait été engagé sur le fond, notamment les exceptions dilatoires.

Nous croyons, en conséquence, que, dans la procédure nouvelle, la *litis contestatio* n'était autre chose que l'exposé contradictoire et sommaire de l'affaire qu'on présentait au juge au commencement du débat. Comme la formule qu'il remplaçait, cet exposé avait pour but de préciser les questions de fait et de droit que le juge aurait à résoudre. La loi 1, C., *de Litis contest.*, dont nous avons déjà reproduit le texte, confirme pleinement notre système; mais il est évident, ou que cette constitution a été mal à propos attribuée à Antonin, ou qu'elle a été altérée par les compilateurs : en effet, si l'idée qu'elle donne de la *litis contestatio* est en parfaite harmonie avec la procédure nouvelle, elle ne convient, au contraire, en aucune façon, à la procédure suivie au temps d'Antonin. (*Voy*. § 202.)

Au reste, quoique ce soit encore par la *litis contestatio* que la demande est déduite *in judicium*, il est certain, d'autre part, que la *litis contestatio* avait

perdu plusieurs de ses anciens effets : par exemple, ce n'est plus elle, mais seulement le jugement définitif qui éteint l'action primitive (1) : aussi l'erreur commise dans la demande peut-elle être réparée pendant toute la durée de l'instance (2). — D'un autre côté, quelques-uns des effets de la *litis contestatio* sont maintenant attribués à la citation. Arcadius avait déjà décidé que la simple demande du rescrit impérial suffirait pour perpétuer les actions temporaires (3); Théodose II n'attribuait cet effet qu'à la signification du rescrit à l'adversaire (4); Justinien en revient au système d'Arcadius, et il décide que l'action est perpétuée par l'*impetratio rescripti* (5).

§ 255. — II. Administration des preuves. (*Voy.* § 226.)

Les principes sont à peu près les mêmes que sous la procédure formulaire ; voici cependant deux règles qui paraissent d'origine nouvelle : Constantin exige que les témoins prêtent serment avant d'être entendus ; Justinien décide que toute personne sera tenue de rendre témoignage, si elle n'a pas de causes légitimes d'excuse (6).

(1) § 5, Instit., *de Exceptionib.* — Theod., L. unic., C. Th., *de Actionib. cert. temp.*

(2) § 35, Instit., *de Actionib.*, comparé avec Gaius, *Comm.* IV, § 55.

(3) Arcad. et Honor., L. 10, C. Th., *de Divers. rescript.* — Arcad. et Honor., L. 1, C., *Quando libell.*

(4) Theod., L. unic., § 1, C. Th., *de Act. cert. temp.*

(5) Justinian., L. 2, C., *Quand. libell.*

(6) Constantin., L. 3, C. Th., *de Fide test.* — Constant.,

§ 256. — III. Examen et sentence. (*Voy.* § 225 et 228 à 230.)

Au jour fixé par la *denuntiatio*, les parties comparaissent devant le magistrat; celui-ci examine d'abord l'admissibilité de l'action et les fins de non-recevoir tirées soit de l'incompétence, soit des nullités de la *denuntiatio*, soit enfin de ce que le délai de l'ajournement n'est pas encore expiré. Ensuite viennent les témoignages, puis les plaidoiries, enfin la sentence.

Les effets de la sentence ou de la chose jugée sont les mêmes que dans le système précédent, sauf un petit nombre de différences. D'abord, la condamnation n'est plus nécessairement pécuniaire (1); en second lieu, tous les *judicia* pouvant être considérés comme *imperio continentia*, la chose jugée n'éteint plus qu'indirectement (*exceptione rei judicatæ*) le rapport qui existait auparavant entre les parties (2).

III. *PÉREMPTION D'INSTANCE.*

§ 257. — Règles nouvelles sur la péremption d'instance. (*Voy.* § 234 et 235.)

Dans la procédure formulaire, les péremptions étaient liées à la distinction des *judicia legitima*

L. 9; — Zeno, L. 14 et 15; — Justinian., L. 16, 17, 18, 19, 20, C., *de Testib.*

(1) § 32, Instit., *de Actionib.* — Justinian., L. ultim., C., *de Fideic. libert.* — Justinian., L. 14, C., *de Sentent. et interl.*

(2) § 5, Instit., *de Exceptionib.*

et *imperio continentia;* elles durent, par conséquent, tomber avec l'*ordo judiciorum*.

Ces péremptions anciennes ne tardèrent pas d'ailleurs à être remplacées par des règles nouvelles. La durée du litige fut d'abord déterminée d'après la nature des diverses actions (1) ; mais, après plusieurs variations, on arriva, sous Justinien, à cette règle générale, que les *causæ pecuniariæ* ne doivent pas être *immortales : Non ultra trienni metas post litem contestatam esse protrahendas* (2). Il y avait quelques exceptions à cette règle générale, et notamment pour l'action de dol (3), pour celle relative aux naufragés (4), ainsi que pour la restitution en entier (5).

---

(1) Theod., L. unic., § 1, C. Th., *de Act. cert. temp.* — Constantin., L. 1, C. Th., *de Dolo.* — Constant., L. 8, C., *de Dolo*; L. 2, C. Th., *de Integr. restit.* — Constant., L. 5; — Justinian., L. 7, C., *de Temp. et in integr.* — Constantin., L. 4; — Grat., Valent. et Theod., L. 13, C. Th., *de Jure fisci.* — Valent., Valens et Grat., L. 1, C. Th., *de Naufrag.*

(2) Theod., L. unic., C. Th., *de Act. cert. temp.* — Justinian., L. 13, C., *de Judic.*

(3) Constant., L. 8, C., *de Dolo.*

(4) Valent., Valens et Grat., L. 2, C., *de Naufrag.*

(5) Justinian., L. 7, C., *de Temp. et in integr.*

FIN DU TOME PREMIER.



